



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

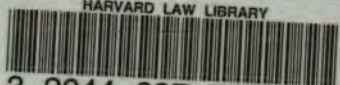
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 769 657



HARVARD LAW LIBRARY

---

Received MAR 23 1920

3/23/20

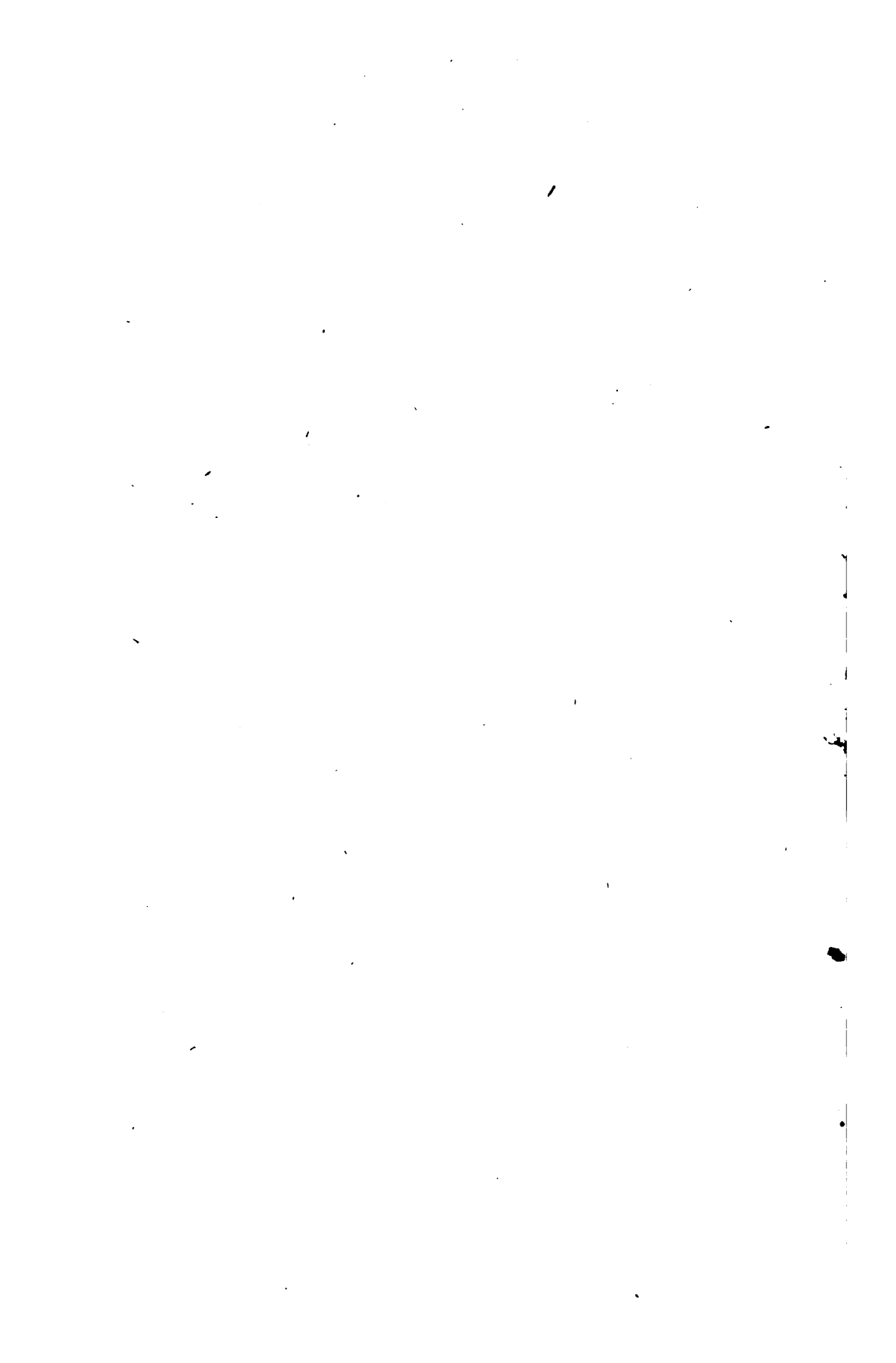


~~Germany~~



Zur Geschichte  
des  
Römischen Erbrechtes.

---



x

Beiträge zur Geschichte

c

des

# Römischen Erbrechtes

von

**Eduard Hölder,**

Professor zu Erlangen.



**Erlangen.**

**Verlag von Andreas Deichert.**

**1881.**

+

ROMAN  
9  
1

MAR 23 1920  
3 | 23 | 20

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.



**Meinem Lehrer und Freunde**

**Alois von Brinz**

**in dankbarer Verehrung.**



## Inhaltsübersicht.

### I. Ausgangspunkte. S. 1—19.

Die Theilnahme der eigenen Sache am Dasein des Person (1). — Die Angehörigkeit des Kindes (9) und der Ehefrau (11). — Das Fortwirken der sachlichen (12) und persönlichen Angehörigkeit (13) nach dem Tode.

### II. Das älteste Testament. S. 20—48.

Die Stellung des Testamentserben derjenigen des *suus heres* nachgebildet (20). — Expropriation der Gläubiger und der *sui heredes*; das Testament ein Act des allgemeinen Willens (22). — Die Vertretung des Verstorbenen und seines Willens durch den Erben (31). — Die Erbeinsetzung keine Adoption; die Einwilligung des Erben zu seiner Einsetzung (34). — Die Cognition der *pontifices* und die angebliche Abstimmung des *populus*; die Gründe seiner Assistenz (35). — Der Begriff der *comitia* und insbesondere der *calata comitia* (39). — Drei Perioden in der Geschichte der Testamentscomitien (45).

### III. Das testamentum per aes et libram. S. 49—71.

Der Zweck des testamentum per aes et libram und sein Verhältniss zum Comitialtestamente (49). — Die *familiae Mancipatio* (51). — Die *testamenti nuncupatio* (57). — Das zweite Stadium des testamentum per aes et libram (59). — Sein Verhältniss zu den zwölf Tafeln (62). — Das dritte und letzte Stadium (70).

### IV. Das Legat. S. 72—87.

Das Altersverhältniss des Vindications- und Damnationslegates (72). — Das *legatum sinendi modo relictum* (76). — Das Praeceptionslegat (80). — Annäherung der letztgenannten Legatsarten an das Vindicationslegat und Ausgleichung der verschiedenen Vermächtnissarten (83). — Die Praeceptio des Erben beim Universalvermächtniss (86).

**V. Das Noterbenrecht der sui heredes und die lex Voconia.**  
S. 88—117.

Das Noterbenrecht eine Correctur des Testamentsrechtes? Vergleichung des formellen mit dem materiellen Noterbenrechte (88). — Verhältniss des Noterbenrechtes zu den zwölf Tafeln (90); sein Ursprung in der Organisation der Familie (92). — Der Begriff des suus heres (96). — Verschiedene Behandlung des Sohnes und anderer sui (98). — Das Zeugniß Ciceros (106). — Die lex Voconia (108); ihre Bestimmung über Legate (112).

**VI. Die legitima hereditas.** S. 118—128.

Die legitima hereditas beruht nicht auf einem dem Rechte der sui heredes analogen Familienrechte (118). — Die Bedeutung des dem proximus agnatus zugewiesenen familiam habere (120). — Der Grund desselben (122). — Das Princip der Gradesnähe (124). — Ausschluss der bloßen Cognaten (125), aber nicht des weiblichen Geschlechtes (126).

**VII. Die pro herede usucapio.** S. 129—136.

Keine Ersitzung der Erbfolge (129). — Unterscheidung zwischen im Eigenthum befindlichen und Nachlasssachen (131). Kein Zusammenhang der pro herede usucapio mit der bonorum possessio (135).

**VIII. Die Haftung für die sacra.** S. 137—151.

Zusammenhang mit anderen Materien (137). — Die ältere Lehre nennt nach der Erbfolge nicht die Ersitzung, sondern die mortis causa donatio (138). — Verhältniss der verschiedenen Haftungen zu einander (140); Verhältniss der Haftung zum Erwerb (141). — Die jüngere Lehre (143). — Ihre dritte Classe (145). — Der Fall der vierten Classe (147). — Der bonorum possessor und bonorum emtor (149).

**IX. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.**  
S. 151—163.

Ein Satz des testamentarischen oder des Intestaterbrechtes (152)? — Sein Verhältniss zu den zwölf Tafeln (153). — Verhältniss der gesetzlichen Berufung zur testamentarischen (154). — Die Unmöglichkeit partiellen Testirens (159). — Eventuelle Verfügung des Partialtestamentes über den Rest (162).

---

## I. Ausgangspunkte.

Die Betrachtungen unserer Juristen über das Wesen der Erbfolge gehen meistens aus von dem Satze, dass logische Consequenz des Todes das Erlöschen aller Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen sei und dass diese Consequenz nur abgewendet werde durch besondere dem Verstorbenen einen oder mehrere Ueberlebende substituierende Veranstaltung des positiven Rechtes. Unabweisbar wäre jedoch jene Annahme nur, wenn die rechtlichen Beziehungen des einzelnen ihre Wirkung nicht über sein persönliches Dasein hinaus erstreckten; soweit dagegen dieses zutrifft, soweit fremdes mit dem eigenen nicht untergehendes Dasein an den rechtlichen Beziehungen einer bestimmten Person theilnimmt, insoweit hat auch ihr Tod das Erlöschen dieser Beziehungen keineswegs zur notwendigen Folge; vielmehr vermögen dieselben insoweit fortzuexistiren als der Verstorbene überlebt wird durch fremdes Dasein, welches an dem seinigen theilnahm als Bestandtheil seiner familia. Familia einer Person ist der Inbegriff des ihr eigenen, also ihres persönlichen sowol als desjenigen Daseins, welches an jenem als Erweiterung desselben theilnimmt und daher nach dem Untergange der Person als ein ihn überlebendes Ueberbleibsel ihres Daseins erscheint.

Es sind aber zweierlei Existenzen, welche an der des pater familias als Bestandtheile seiner familia theilnehmen: Personen und Sachen. Wir Neueren sind gewohnt, das Wesen der Sache als ein dem der Person absolut fremdes zu betrachten und demgemäss die Gleichstellung persönlicher und sächlicher Angehörigkeit, welche in dem Personen und Sachen unterschiedslos umfassenden Begriff der familia sich

ausspricht, auf das negative Moment der gleichmässigen Unterwerfung zu beschränken. In Wirklichkeit ist aber nicht nur das Dasein des Kindes gleich dem der Sache kein selbstständiges gegenüber dem des pater familias, sondern es participirt auch die eigene Sache gleich dem eigenen Kinde am eigenen Dasein des Hausherrn; gleich dem Verhältniss des Kindes zum Vater ist auch das der Sache zum Eigenthümer eine rechtliche Verbindung mit seiner Person. Kommt der Sache rechtliche Bedeutung nicht um ihretwillen, sondern lediglich um der Person willen zu, für welche sie existirt, so offenbart sich doch eben in dieser Bedeutung der Sache für die Person ihr Wesen als ein dieser nicht gleichgiltiges, also auch ihrem eigenen Wesen nicht schlechthin fremdes; denn wie könnte für Existenz und Wohlsein der Person das ihr schlechthin Fremde von Bedeutung sein. Nicht nur negativ die Rechtlosigkeit der Sache gegenüber der Person, sondern positiv das Bedürfniss der Person, ihr Dasein durch fremdes zu ergänzen, und die Fähigkeit der Sache, zu dieser Ergänzung zu dienen, gelangt zum Ausdruck in der Aneignung der Sache, durch welche ihr Dasein dem der Person einverleibt wird. Wie aber die Kräfte der mir gehörenden Sachen meine eigenen verstärken, so bethätigen sich auch an der Sache die eigenen Kräfte der Person durch ihre Unterwerfung und Behütung, Bearbeitung oder Benutzung, Erhaltung oder Verzehrung. Hört mit meinem Tode meine Sache auf für mich als ein Medium meines Daseins zu existiren, so erscheint sie doch als ein Ueberbleibsel meines Daseins dadurch, dass der Einfluss in ihr fortwirkt, welchen ihre Verbindung mit meiner Person auf ihre Existenz und Gestalt hatte. Nicht nur hat sie bis jetzt um meinethwillen existirt, sondern als eine meiner Willkür preisgegebene verdankt sie meinem Thun und Lassen ihre gegenwärtige Existenz.

Aufs Anschaulichste zeigt sich dieses Wesen der Aneignung an den zwei einander entgegengesetzten Fällen der Aneignung von Lebensmitteln durch Verzehrung und der Aneignung von lebenden Wesen, insbesondere Menschen, durch Dienstbarmachung. Was ihrem Wesen nach jede Aneignung ist, das ist die Verzehrung in leibhafter Erscheinung: Aufhebung der selbständigen Existenz der Sache durch Einverlei-



hung derselben in die eigene Existenz der Person. Nirgends tritt sodann unzweideutiger die Bedeutung der Sache für die eigene Existenz der Person, hervor, indem hier die Sache und die Möglichkeit ihrer Aneignung schlechthin als Bedingung für die Erhaltung der Person auftritt. Ebenso ist aber hier am augenscheinlichsten die Verwandtschaft der Sache mit der Person, indem dieser als Lebensmittel nur solche Stoffe zu dienen vermögen, aus welchen ihre eigene physische Erscheinung zusammengesetzt ist. Endlich liegt es hier handgreiflich zu Tage, dass die Aneignung durch einen Assimilationsprocess sich vollzieht, welcher Kraft und Stoff der Sache nicht ohne eigenen ihre Form zersetzenden Kraftaufwand der Person dieser einverleiht.

Geht aber hier die Sache unmittelbar in der Person als Bestandtheil ihrer eigenen Erscheinung auf und unter, so wird von anderer Seite nicht minder eindringlich die Behauptung absoluter Fremdheit von Person und Sache Lügen gestraft durch die Möglichkeit eines Eigenthums an Menschen. Wäre die Sache als solche der Person schlechthin fremd, so wäre die Behandlung des Menschen als einer Sache nicht möglich ohne Verleugnung seiner Eigenschaft als Mensch. Dieser Gedanke ist aber dem römischen Rechte gänzlich fremd. Wird doch in den Formeln der Sklave constant gerade als homo bezeichnet. Nicht negirt werden durch seine Aneignung die ihn als Menschen vor anderen Sachen auszeichnenden Eigenschaften der Vernunft und des Willens; sondern seinem Herrn sind sie dadurch zugeeignet, sie sind zu einem Bestandtheile der diesem eigenen Kraft gemacht. Indem aber so die Willenskraft des Sklaven durch seine Verbindung mit seinem Herrn zu einem Stücke der eigenen Willenskraft des Herrn wird, ist dadurch die Handlungsfähigkeit des Sklaven nicht nur nicht verneint, sondern durch seine Verbindung mit der Person des Herrn erhöht. Dass der Sklave dem Herrn durch seine Rechtsacte erwirbt, beruht nicht etwa auf einer Vollmacht des Herrn, sondern auf seiner Theilnahme an dessen eigener Existenz, welche ihn zur Erzeugung von Rechtswirkungen befähigt, deren Hervorbringung ihm als herrenlosem Sklaven schlechthin unzugänglich wäre; das Willensvermögen des Sklaven ist also für den Herrn eine Erweite-

rung seiner eigenen Kraft in der doppelten Richtung, dass der Wille des Sklaven nicht etwa nur nicht gegen den Herrn zu wirken vermag, sondern dass er für ihn Wirkungen äussert, deren Aeusserung dem nicht an einer fremden Existenz theilnehmenden Sklaven gänzlich verschlossen ist. Dem Sklaven gegenüber steigert sich das Eigenthum zur potestas; gerade der Erwerb des Sklaven für seinen Eigenthümer wird auf diese zurückgeführt d. h. indem der Sklave von Natur gleich seinem Herrn Person ist, wird seine Persönlichkeit als eine an der des Herrn theilnehmende befähigt für diesen Rechtswirkungen zu erzeugen.

So ist das Verhältniss der Person zur eigenen Sache zwar nicht gleich, wol aber analog demjenigen der Person zu ihrer eigenen körperlichen Erscheinung; steht an sich das Object dem Subjecte als etwas gegebenes und von seiner Subjectivität unabhängiges gegenüber, so ist es durch die Aneignung dieser dienstbar gemacht, so dass dadurch ihre eigene Verkörperung oder Objectivirung über die Grenzen des eigenen Leibes hinaus erweitert ist.

Aus diesem Sachverhalte finden ihre Erklärung und Berichtigung zwei Theorien neuerer Juristen, die ihrer befremdenden Form halber auf allgemeinen Widerspruch gestossen sind, aber gleichwol einen wahren Kern enthalten; nemlich

1) Vangerow's<sup>1)</sup> Zurückführung der Freiheit und Civiltät auf das Eigenthum. Mit Recht hat neuerdings A. Pernice<sup>2)</sup> betont, dass der Ausdruck *sui iuris* in der That nichts anderes bezeichne als einen, der sein eigener Herr ist. Wird nun einander entgegengesetzt, wer *alieni iuris* ist oder einen fremden Herrn hat und wer sein eigener Herr ist oder selbst Gewalt über sich hat, so drückt sich darin allerdings eine gewisse Gleichartigkeit der persönlichen Freiheit oder der Herrschaft über das eigene Dasein und der Herrschaft über fremdes Dasein aus. Verkehrt aber ist es, jene auf diese zurückzuführen; es wird dadurch die unmittelbarste und vollkommenste Erscheinungsform eines Principes zurückgeführt auf die vermitteltere und unvollkommenere. Die Herrschaft

---

1) Latini Juniani S. 67 ff. Pand. I, 7. Aufl. S. 72.

2) Labeo I. S. 111. Anm. 1.

meines Willens über die Glieder meines Leibes beruht ja eben darauf, dass dieser meinem subjectiven Dasein nicht als ein fremdes Object gegenübersteht, sondern die eigene Verkörperung und Objectivirung desselben ist.

2) Dieselbe Zurückführung des Ursprünglichen und Unmittelbaren auf das Vermittelte und Abgeleitete liegt Puchta's<sup>3)</sup> Recht an der eigenen Person zu Grunde. Soll etwas mein sein können, auf diesem Gedanken beruht die Annahme jenes Rechtes, so muss vor allem ich selber mein sein.<sup>4)</sup> Und allerdings ist der Begriff des Rechtssubjectes nicht ein lediglich negativer, indem er neben dem negativen Prädicate der Freiheit das positive der Macht in sich schliesst, und es wäre keine Macht der Person über fremde Objecte denkbar ohne ihre Macht über das eigene körperliche Dasein, durch welches ihr allein eine Einwirkung auf fremde Körper möglich ist.

Aber, wird man sagen, die Macht der Person über das eigene Dasein ist eine natürliche, nicht durch das Recht geschaffene, wenngleich von rechtlicher Bedeutung ist sie doch selbst kein Recht, während das Eigentum nichts anderes als ein Recht ist.

---

3) Inst. §. 30 u. 207. Pand. u. Vorl. §. 46.

4) Am deutlichsten spiegelt sich dieser Gedankengang in dem Satze: „dem Berechtigten muss seine Persönlichkeit gegenständlich geworden sein“. (Inst. §. 207 zweiter Absatz). Im Gegensatze zu Vangerow versteht Puchta unter dieser sich selbst gegenständlich gewordenen Persönlichkeit keineswegs etwa die leibliche Erscheinung der Person. Zwischen dem Subjecte und dem Objecte seines Rechtes an der eigenen Person besteht das Verhältniss absoluter Identität. Anstatt aber das „Mein“ auf das „Ich“ zurückzuführen und zu erkennen, dass jede Aneignung in gewissem Sinne die Differenz des Subjectes und des Objectes negirt, führt Puchta das Ich auf das Mein zurück. Allerdings muss ich, um etwas ausser mir mein eigen nennen zu können, erst mein eigener Herr sein. Meint aber Puchta, die Unterwerfung eines Gegenstandes setze voraus, dass meine Persönlichkeit mir gegenständlich geworden sei, so wurzelt vielmehr die Aneignung von Sachen darin, dass die Person selbst in ihrer körperlichen Erscheinung der Aussenwelt angehört, dass also der Gegensatz des Subjectes und des Objectes kein absoluter ist. Darauf, dass das Dasein der Person selbst zugleich ein äusseres ist, beruht die Möglichkeit seiner Erweiterung durch Einverleibung fremden Daseins.

Ist aber wirklich das Eigenthum ein Recht? Unter einem Rechte im subjectiven Sinne verstehen wir einmal die rechtliche Zulässigkeit eines bestimmten eigenen Verhaltens; in diesem Sinne ist aber der Begriff des Rechtes ein lediglich negativer, ist Recht nichts anderes als die Negation des Unrechts oder der Verletzung fremder Rechte. Ein positives Recht ist im Gegensatz dazu die rechtliche Ermächtigung ein bestimmtes Verhalten anderer zu fordern, so dass die Forderung eine rechtsgemässe oder eine solche ist, welche das Recht selbst sich aneignet und gegen deren Verletzung es auf Verlangen des Berechtigten reagirt. In diesem Sinne ist ein Recht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner, oder des Eigenthümers gegen den Besitzer, also überhaupt die *actio*. In diesem Sinne ist dagegen das Eigenthum jedenfalls nicht ein einzelnes Recht. Es ist aber auch nicht eine Summe von Rechten; in der Summe der dem Eigenthümer zu Gebote stehenden Actionen oder dessen, was der Eigenthümer kraft seines Eigenthums zu fordern befugt ist, geht es nicht auf. Es ist also weder ein Recht, noch eine Summe von Rechten; es ist vielmehr eine Quelle von Rechten. Ein Rechtsverhältniss ist es als ein vom Rechte nicht nur anerkanntes und geschütztes, sondern auch in seinen Bedingungen bestimmtes Verhältniss. Sein Wesen ist aber durch den Inbegriff seiner rechtlichen Bedingungen und Folgen keineswegs bestimmt; vielmehr ist dadurch nur die Sphäre des Eigenthumsbegriffs von aussen umgrenzt. Die Lehre vom Eigenthumserwerbe gibt darüber Auskunft, wann das Recht eine Sache als die meinige anerkennt; die Lehre von den Rechten des Eigenthümers darüber, welche rechtliche Folgen es mit dieser Anerkennung verbindet. Fragen wir aber, was das heisst, dass das Recht eine Sache als die meinige gelten lässt, und warum es mit der Anerkennung einer Sache als der meinigen die von ihm statuirten rechtlichen Folgen verbindet: so kann die Antwort nicht anders lauten als so. Mein und Dein sind Begriffe, welche das Recht nicht schafft, sondern vorfindet. Was ich als das Meinige ansehe, das sehe ich als etwas mir nicht fremdes, sondern mit meiner Person verbundenes an, dessen Antastung durch Dritte daher eine Antastung meiner eigenen Person ist. Was ich als das Deinige anerkenne, das erkenne ich an als etwas,

was ich nicht antasten kann, ohne deine Persönlichkeit zu verletzen. Am Innigsten ist diese Verbindung zwischen dem Subjecte und Objecte im Verhältnisse der Person zu ihrer eigenen leiblichen Erscheinung. Für die naive das Verhältniss nicht zergliedernde Empfindung ist kein Artunterschied sondern nur ein Gradunterschied zwischen dem Meinsein meines Armes und des denselben verlängernden und seine Kräfte verstärkenden Werkzeuges. Ebenso stellt für das Verhalten des mir gehörenden Menschen der Eigenthumsbegriff die Anforderung, dass es ebenso durch meinen Willen bestimmt werde wie mein eigenes Verhalten. Mein Haus, in dem ich lebe, mein Acker, von dessen Ertrag ich lebe, ist für einen naiven Sinn ebenso sehr ein Stück meines eigenen persönlichen Daseins als für ihn die Kleidung, womit ich meine Blöße decke, ein Ersatz dafür ist, dass ich nicht gleich dem Thiere von Natur gegen Kälte geschützt bin; das Fell des Thieres, welches ich mir überziehe, ist für ihn eine künstliche Verstärkung meiner eigenen Haut.

Dieser Auffassung, dass das Mein gewordene zu einem Stücke meines eigenen Ich geworden ist, steht nicht entgegen die Veräusserlichkeit des Eigenthums. Zunächst ist diese Veräusserlichkeit keineswegs ein wesentliches Kriterium des Eigenthums. Je lebendiger ich einer Sache gegenüber das Gefühl des Eigenthums habe, desto schwerer werde ich mich entschliessen mich von ihr zu trennen; wenn ich es aber thue, so trenne ich mich damit von einem Stück meiner eigenen persönlichen Existenz in ähnlicher Weise wie wenn ich ein Stück meines eigenen körperlichen Daseins preisgebe. Sich von Haus und Hof trennen zu müssen kann ganz als Selbstverstümmelung empfunden werden; wenn von anderen Sachen sich zu trennen einem nicht schwer fällt wegen ihrer geringeren Bedeutung für die persönliche Existenz, so kommt dasselbe vor bei Abtrennung von Stücken der leiblichen Erscheinung, und hier wie dort beruht lediglich auf subjectiver Empfindung die Annahme eines grösseren oder geringeren Verwachsenseins des preisgegebenen Stückes mit der eigenen Persönlichkeit; hat man im Allgemeinen keine Empfindung ein irgend wesentliches Stück des eigenen Daseins preiszugeben, wenn man sich die Haare schneiden lässt oder sich rasirt, so hat diese Empfindung im

höchsten Grade manches Weib, welches sein schönes Haar und mancher Mann, der seinen stattlichen Bart opfern soll. Wie die Verzehrung von Nahrungsmitteln sachliches Eigenthum in einen integrierenden Bestandtheil der eigenen Erscheinung verwandelt, so zeigt uns die Abtrennung von Stücken des eigenen Leibes den umgekehrten Vorgang. Kein Mensch wird bezweifeln, dass mein Haar, mein Zahn oder mein Knochen mein bleibt auch wenn er von meinem Körper getrennt ist; ist zwischen der Verbindung meines Körpers und derjenigen meiner Sache mit meiner Person nur ein Gradunterschied, so versteht sich von selbst, dass die Abtrennung eines Stückes von meinem Körper die Verbindung des abgetrennten Stückes mit meiner Person zwar zu einer weniger innigen macht, aber keineswegs ganz aufhebt; wäre dagegen meine Sache in einem ganz anderen Sinne mein als mein Körper, so liesse daraus, dass etwas als Stück meines Körpers mein war, sich in keiner Weise schliessen, dass es nunmehr auch als eigene Sache mein wäre.<sup>5)</sup>

---

5) Dass das Eigenthum eine vom Rechte anerkannte und geschützte Verbindung der Sache mit der Person ist, welche in den Rechten des Eigenthümers nicht aufgeht, ist in verschiedenen Fassungen und Wendungen anerkannt von Wirth Beitr. zur Systematik des röm. Civilr. (1856) Leist über die Natur des Eigenthums (1859). Brinz Pand. 2. Aufl. (1873) S. 210 ff. und Bekker Allerlei von den dinglichen Rechten (Zeitschr. f. vgl. Rechtsw. II. 1880 S. 11 ff.) Wenn der letztgenannte Schriftsteller eine innere und eine äussere Seite der dinglichen Rechte unterscheidet, so ist daran nur auszusetzen, dass ein Recht als solches eine innere gegen keine fremde Person sich wendende Seite nicht haben kann; unterscheiden wir daher die innere und äussere Seite eines Rechtsverhältnisses, so liegt jene den aus diesem entspringenden Rechten als dasjenige, um dessen willen sie bestehen, zu Grunde, ohne selbst ein Recht zu sein. Dasselbe ergeben auch die Untersuchungen Thoms (Rechtsnorm und subjectives Recht), welche zu dem Resultate zwar nicht gelangen, aber consequenterweise gelangen müssten, dass das Eigenthum ein Recht nicht ist, so dass wir vor der Alternative stehen entweder den Begriff des Eigenthums als eines einheitlichen Rechtsdings überhaupt aufzugeben oder in ihm anstatt eines Rechtes eine Quelle von Rechten, ein Rechtsverhältniss im Sinne eines vom Rechte nicht geschaffenen, aber anerkannten und geschützten Verhältnisses zu erblicken. Zu den Rechten des Eigenthümers verhält



Ist nun aber schon die eigene Sache der Person als Verstärkung ihrer eigenen Kraft und Erweiterung ihres eigenen Daseins verbunden, so gilt dasselbe in erhöhtem Masse vom eigenen Kinde. Beruht das Eigenthum der Sache auf der Einverleibung fremden Daseins in das eigene, so beruht die Angehörigkeit der Person auf der Entstehung fremden Daseins aus dem eigenen. Verdankt meine Sache mir ihre gegenwärtige Existenz und rechtliche Bedeutung, so existirt das Kind überhaupt erst durch den Vater. Wie die Sache für den Eigenthümer und durch den Eigenthümer, so existirt das Kind durch den Vater und für den Vater, das Verhältniss beider

---

sich das Eigenthum genau so wie nach Savignys (Syst. §. 4) Bestimmung das Rechtsverhältniss zum einzelnen Rechte sich verhält. Findet Savigny (§. 53) als Gegenstände unserer Herrschaft 1) das ursprüngliche Selbst 2) das in der Familie erweiterte Selbst 3) die äussere Welt, so bedarf es von dieser Classification zur richtigen Erfassung des Eigenthumsbegriffs nur noch des einen Schritts, dass auch die Herrschaft der dritten Art als Selbsterweiterung und damit das Object dieser Herrschaft als ein dem eigenen Selbst assimilirtes und einverleibtes erkannt wird. Freilich ist diese Assimilation und Einverleibung nie eine vollkommene; wo sie wie bei der organischen Assimilation von Nahrungsmitteln eine vollkommene wird, da geht die Sache und mit ihr das Eigenthum unter. Art und Grad dieser Assimilation bestimmt sich bei jeder Gattung von Objecten durch Art und Grad ihrer Bedeutung für das Dasein der Person und der Reaction ihrer Kräfte gegen die dem eigenen Dasein sie einverleibende Kraft der Person. Liegt aber so dem Eigenthum ein bestimmtes factisches Verhältniss der Sache zur Person zu Grunde und ist dieses bei verschiedenen Arten von Sachen ein verschiedenes, so folgt doch daraus

1) nicht, dass wie Leist will, das Eigenthum ein Naturverhältniss und nicht ein Rechtsverhältniss wäre; denn Eigenthum ist die Theilnahme der Sache am eigenen Dasein der Person als eine vom Rechte angenommene und anerkannte.

2) Ebensowenig folgt daraus, dass mit Adolf Wagner (Allg. Volkswirtschaftslehre I. S. 448 ff.) „grundverschiedene Eigenthumsarten“ zu unterscheiden wären. Indem das Recht eine Sache als die meinige anerkennt, erkennt es an, dass dieselbe an meinem eigenen Dasein insoweit participirt, in ihm insoweit aufgeht und dasselbe insoweit verstärkt als dies nach der Natur der Sache möglich ist. Regelmässig überlässt es das Recht dem Eigenthümer selbst mit seiner

Momente ist aber in beiden Fällen das umgekehrte. Indem die Sache für die Person als Object ihres Begehrens und wünschenswerthe Ergänzung ihres Daseins existirt, veranlasst sie die Person sie diesem ihrem Dasein einzuverleiben und sie dadurch zu einer solchen zu machen, welche von nun an durch die Person existirt. Indem dagegen das Kind ohne den Vater überhaupt nicht existiren würde, existirt es für ihn als sein Geschöpf. Die beiden Momente eines äusserlich von dem des pater familias verschiedenen und für sich existirenden, jedoch von pater familias abhängenden und das seinige erweiternden Daseins sind im eigenen Kinde und in der eigenen Sache in

---

Sache fertig zu werden, so dass ihre Assimilation nach Massgabe ihres eigenen Wesens und der persönlichen Kräfte des Eigenthümers ohne Beihilfe des Rechtes sich vollzieht. Darum sind im Allgemeinen die Rechtsfolgen des Eigenthums bei allen Sachen dieselben, indem die äussere Seite des Verhältnisses, vermöge welcher die Sache für jeden andern eine fremde ist, durch Art und Grad ihrer Theilnahme am Dasein des Eigenthümers nur ausnahmsweise berührt wird. Mit Recht bemerkt also Bekker (a. a. O. S. 18) dass „wenn z. B. die Römer den Herren Rechtshilfe wider die Sklaven nach Bedürfniss gewährt hätten“, darin ein Rechtsschutz der Innenseite gelegen hätte. Wenn andererseits das Recht der Kaiserzeit gewisse gröbere Misshandlungen der Sklaven verbot, wenn unser Recht aus wirtschaftlichen Gründen Beschränkungen des landwirtschaftlichen Eigenthums, des Eigenthums an Waldungen etc. statuirt, so ist hier das Eigenthum nur nach seiner Innenseite beschränkt; die Ursache dieser Beschränkung liegt aber nicht darin, dass das Wesen der Sache respectirt würde als ein der Person fremdes, sondern — neben Rücksichten auf das Gemeinwohl, welche in grösserem oder geringerem Grade stets die Freiheit der privaten Existenz beschränken — gerade in der bestimmungsgemässen Bedeutung der Sache für die Existenz der Person. Gerade darauf beruht der Wert des Eigenthums an Sklaven, dass hier das Eigenthumsobject die besondere Beschaffenheit eines Menschen hat, gerade auf der Productivität des Bodens der Wert des landwirtschaftlichen Eigenthums; verbietet nun das Recht das bestimmte Eigenthumsobject in allzu grossem Widerspruche mit seinem Wesen zu behandeln, so nimmt es dadurch die wahren Interessen des Eigenthümers gegen dessen vernunftwidrige Launen in Schutz, negirt also das Eigenthum oder die Zugehörigkeit der Sache zu seiner Person ebensowenig als es dies durch andere Beschränkungen des freien Handelns, wie sie z. B. den Unmündigen treffen, thut.

entgegengesetzter Reihenfolge verwirklicht. Die Entstehung des Kindes ist eine Fortpflanzung des eigenen, die Aneignung der Sache eine Assimilation fremden Daseins; das Eigenthum der Sache beruht auf der durch Aneignung vollzogenen Ueberwindung ihrer ursprünglichen Fremdheit, die Angehörigkeit des Kindes auf dem Ursprunge seiner Individualität aus der eigenen Individualität des Vaters.

Im Bisherigen haben wir die persönliche Angehörigkeit ausschliesslich ins Auge gefasst in Gestalt der *patria potestas*. Betrachten wir dem gegenüber das eheliche Verhältniss, so erscheint es vielmehr dem Verhältniss der Person zur Sache analog in dem einen Punkte, dass die Verbindung der Ehegatten nicht aus einer ursprünglichen Einheit entspringt, sondern durch Vereinigung ursprünglich getrennter Existenzen entsteht. „Nicht auf Fortpflanzung, sondern auf Ergänzung der Individualität nicht auf Entwicklung der Einheit zur Mehrheit sondern auf Verbindung der Mehrheit zur Einheit beruht die Ehe“<sup>6)</sup>. Wie die Sache der Person gerade dasjenige bietet, was ihr selbst fehlt und dadurch zur Ergänzung ihres Daseins dient, wie daher der Wert der Sache für die Person sowol auf einer gewissen Verwandtschaft als auf einer gewissen Differenz ihres beiderseitigen Wesens beruht: so auch die Stellung des Gatten zum Gatten. Zwischen Person und Sache ist aber die Differenz die fundamentale nicht etwa der natürlichen Substanz (bezüglich welcher vielmehr, wie das Eigenthum an Menschen zeigt, Gleichheit bestehen kann) sondern der Existenz und des Mangels eigener Berechtigung, rechtlich anerkannten Fürsichseins. Zwischen Ehegatten besteht umgekehrt in jener Beziehung volle Gleichheit; die Sache ist der Person unmöglich, der Gatte dem Gatten notwendig ebenbürtig, indem sie Subjecte derselben Rechtsgemeinschaft sind. Diejenige Ergänzung seines Daseins aber, welche vermöge der Differenz des Geschlechtes die Frau dem Manne leistet, ist die Vermittelung seiner Vervielfältigung. Die Frau steht daher zum Manne im umgekehrten Verhältniss wie die Tochter. Durch beide pflanzt der Mann seine Individualität fort; ist aber die Persönlichkeit der Tochter

---

6) Mein Vortrag über die römische Ehe (1874) S. 9.

selbst eine Reproduction der väterlichen, so ist sie einer ferneren Fortpflanzung derselben unfähig, während umgekehrt die Frau die Persönlichkeit des Mannes durch die von ihr geborenen Kinder fortpflanzt. Die rechtliche Stellung der Frau ist darum derjenigen des Kindes analog, indem die Ehefrau, welche in *manum mariti convenit*, vergleichbar ist dem Arrogirten. Arrogation und in *manum conventio* dienen demselben Zwecke. In beiden Fällen wird eine fremde Existenz derjenigen des *pater familias* einverleibt, und in beiden Fällen im Gegensatze zur Aneignung einer Sache mit der Wirkung, dass die in einer fremden aufgegangene Existenz rechtlich behandelt wird als eine aus dieser hervorgegangene.

Existirt nun aber die eigene Sache sowol als das eigene Kind durch den *pater familias* und für den *pater familias*, so verwandeln sie sich durch seinen Tod aus Bestandtheilen in Ueberbleibsel seines Daseins. Sie sind dies aber in verschiedenem Sinne. Als eine der Willkür ihres Eigenthümers preisgegebene verdankt die Sache seinem Thun und Lassen ihre gegenwärtige Existenz. Verdankt sie ihm nicht ihre Entstehung <sup>7)</sup>, so verdankt sie ihm doch ihre Erhaltung. Am Anschaulichsten zeigt sich dies am Kriegsgefangenen, den der Ueberwinder, anstatt ihn zu tödten, sich dienstbar macht. Es ist daher, wenn auch vielleicht sprachlich nicht richtig, so doch sachlich durchaus zutreffend das Wort *servus* mit *servare* in Verbindung zu bringen. Nach dem Tode des Eigenthümers ist nun die Sache zwar nicht mehr eine solche, welche durch ihn existirt, wol aber eine solche, welche bis dahin durch ihn existirt hat, und indem ihre nunmehrige Existenz in Gemässheit des allgemeinen Zusammenhangs der Gegenwart mit der Vergangenheit durch ihre frühere Existenz bestimmt wird, ist die Abhängigkeit ihres Daseins von dem ihres früheren Eigenthümers eine zwar der Vergangenheit angehörende, welche jedoch möglicher Weise in der Gegenwart fortwirkt. Indem aber der Sache rechtliche Bedeutung nur

---

7) Dies gilt auch von derjenigen Sache, welche durch Verarbeitung zu einer *nova species* geworden ist; sie verdankt dem Specificanten ihre Existenz nur im Sinne ihrer gegenwärtigen durch Umformung eines schon vorhandenen Stoffes entstandenen Gestalt.

um der Person willen zukommt, für welche sie existirt, so vermag durch die von ihm hinterlassenen Sachen die Existenz des Verstorbenen nur insoweit fortzuwirken als ihr eine rechtliche Bedeutung für dritte Personen zukommt.

Weit intensiver wirkt die persönliche Angehörigkeit fort. Als ein durch den Vater erzeugtes ist das Kind auch nach des Vaters Tode ein solches, welches nicht nur bei seinen Lebzeiten durch ihn existirt hat, sondern nach wie vor durch ihn, den Urheber seines Daseins, existirt. Ebenso wirkt aber in seinem Dasein unmittelbar fort seine frühere Existenz für den Vater als Erweiterung seines eigenen Daseins. Das individuelle Fürsichsein, welches vom Tode des Vaters an dem Kinde zukommt, besteht nicht trotz sondern wegen seiner Abhängigkeit vom Vater. Gerade als Sohn eines Freien und eines römischen Bürgers ist das Kind frei und römischer Bürger; gerade deshalb wird der Sohn durch des Vaters Tod pater familias, weil sein Dasein dem eines pater familias als ebenbürtige Vervielfältigung und Fortsetzung seines Daseins entsprungen ist. Des Sohnes Eigenschaft als Freier, als Bürger, als pater familias ist eine vom Vater ererbte; im Gegensatz zu Freiheit und Bürgerrecht ist aber seine privatrechtliche Selbständigkeit durch den Tod des Vaters bedingt, da es des Vaters familia ist, an welcher er vermöge seiner Abstammung vom Vater theilnimmt und deren Haupt er nicht neben, sondern nur nach dem Vater zu sein vermag. Schloss die Abhängigkeit vom Vater neben diesem die Existenz des Sohnes als eines selbständigen Privatrechtssubjectes aus, so begründet eben dieses Verhältniss zum Vater nach dessen Tode die Eigenschaft des Sohnes als Subject einer eigenen der väterlichen entsprungenen familia. Als Reproduction der väterlichen Persönlichkeit ist die des Sohnes, so lange der Vater lebt, eine bloße für sich nicht in Betracht kommende Erweiterung, von seinem Tode an dagegen eine Fortsetzung der väterlichen. Existirt aber so im Kinde der Vater fort, so existirt auch durch und für diesen Fortsetzer des väterlichen Daseins alles sachliche Dasein, welches bis zu des Vaters Tode durch und für diesen existirt hatte. Indem die sachlichen Bestandtheile der vom Verstorbenen hinterlassenen familia ebensowol seinen Tod überdauernde Stücke

seines rechtlichen Daseins sind als ihre persönlichen Glieder, während doch nur diesen die Fähigkeit rechtlichen Fürsichseins zukommt, ist die selbständige Fortexistenz der hinterlassenen familia an die Hinterlassung persönlicher Angehöriger geknüpft; indem aber sie, das Dasein des Verstorbenen fortsetzen, nimmt an dieser Fortsetzung auch der für sich derselben unfähige sachliche Nachlass des Verstorbenen theil. Hinterlässt dagegen der Verstorbene nur Sachen, so ist ihre durch den Tod erloschene Verbindung mit der Person des Verstorbenen von rechtlicher Bedeutung nur noch in soweit als sein eigenes rechtliches Dasein um anderer Personen willen existirte. Solche Personen aber sind des Verstorbenen (göttliche und menschliche) Gläubiger. Verfällt von Alters her der seine Schuld nicht lösende Schuldner mit seiner ganzen Existenz und der an dieser theilnehmenden Habe dem Gläubiger, so müssen diesem auch nach des Schuldners Tode die ihn überlebenden Ueberbleibsel seiner Existenz verfallen. Dies gilt aber nicht nur von des Schuldners sachlicher, sondern eben so von seiner persönlichen Hinterlassenschaft; ergreift das Recht des Gläubigers mit der eigenen Person des Schuldners die mit ihr verbundenen Personen sowol als Sachen, so muss es ebenso nach seinem Tode seine ganze Hinterlassenschaft ergreifen. Wie aber bei Lebzeiten des Schuldners seine familia dem Gläubiger lediglich als Appendix seiner Person haftete, so haften auch bei Hinterlassung persönlicher Angehöriger die Nachlasssachen nicht für sich, sondern indem sie haften als Stücke der nachgelassenen familia des Verstorbenen, ist ihre Haftung enthalten in der Haftung der das rechtliche Dasein des Verstorbenen fortsetzenden Hinterbliebenen.

Neuestens hat Alfred Pernice<sup>8)</sup> Bedenken erhoben gegen die Annahme, dass im Sohne die Haftung des Vaters sich fortsetzt kraft der schon bei Lebzeiten des Vaters auch für ihn begründeten Haftung. Was er dagegen einwendet ist einmal der poenale Character der altrömischen Execution und dann die Verschiedenheit des Sinnes, in welchem von

---

8) Kr. Vierteljahrschr. 22, S. 258 Anm.



einer Haftung des Haussohns und des zum Erben des Vaters gewordenen Sohns die Rede sei. Eine Haftung des Haussohns lasse sich entweder so denken, dass er als Theil der familia dem Gläubiger ver falle, oder so dass er gleich dem Vater erst durch venditio trans Tiberim unfrei werde. Dass nun, wie Pernice betont, die erste Annahme gegen einen Fundamentalsatz des römischen Staatsrechts verstiesse, ist unbestreitbar; dass dagegen der zweiten das ganz persönliche damnas esto und namentlich der poenale Character der altrömischen Execution unüberwindliche Schwierigkeiten bereite, ist nicht zuzugeben. Pernice selbst hat — übrigens darin weniger allein stehend als er anzunehmen scheint<sup>9)</sup> — die Befugniss des Vaters sein Kind als Sklave ins Ausland zu verkaufen dargethan; verfällt nun mit dem Untergang seiner Persönlichkeit das Vermögen des Schuldners dem jene vernichtenden Gläubiger, so gehört hierher auch das eigene Kind nicht als ein der Gewalt des Vaters unterthanes, wol aber als ein der Degradirung zur Sache durch Verkauf in die Fremde ausgesetztes; die eigene Tödtungs- und Verkaufsbefugniss des Vaters ist es, welche gleich seinen übrigen Vermögensrechten auf den Gläubiger übergeht. Ist es aber das eigene Recht des Vaters, vermittelt dessen der Gläubiger als ein über die väterliche Existenz verfügender auch über die Freiheit des Sohnes verfügt, so fragt sich, wie diese Verfügung sich damit vertrage, dass das Recht des Vaters durch den Untergang seiner Person notwendig erlischt und nicht gleich seinen Vermögensrechten ihn zu überdauern vermag. Sind aber die Kinder liberi d. h. vermöge ihrer Abstammung von einem Freien zur Freiheit geboren und nur im Verhältniss zum Vater als dem Urheber ihres Daseins ohne eigene Berechtigung, so ist die durch die Haftung für

---

9) Als selbstverständlich betrachtet jene Befugniss des Vaters schon Dernburg Beitr. zur Gesch. des röm. Test. 295 not. 18. Gleich Pernice beruft sich dafür auf Cic. pro Caec. 34, de orat. I. 40 Schröter Zsch. f. Civ. und Proc. XIV. S. 154 sowie Keller Inst. S. 199 und Danz Gesch. des R. R. 2. Aufl. I. S. 177. Neuerdings theilt dieselbe Meinung Schmidt das Hauskind in mancipio Anm. 11, welcher aber nur die letztere Stelle für beweisend erklärt.

die Schulden ihres Vaters gegebene Beschränkung ihrer Freiheit um nichts weniger verständlich als die gleiche Haftung des durch seine eigene Handlung verschuldeten. Auch das durch Tod erloschene väterliche Recht muss ihnen gegenüber insoweit fortwirken als der Vater selbst ein Object fremden Rechtes war. Participirt der Sohn an des Vaters Dasein und setzt er es nach dessen Tode fort, so erstreckt sich auch auf ihn und existirt in seiner Person nach des Vaters Tode fort die durch Schulden des Vaters gegebene Beschränkung seiner Freiheit durch die Rechte seiner Gläubiger. Entgegen aber Pernice „das unbestimmte Wort ‘Haftung’ bringe hier eine anscheinend logische Consequenz zu Wege, die thatsächlich doch kaum vorhanden ist“, so ist dieser Einwurf wol so zu verstehen, dass von einer Fortsetzung der dem Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters obliegenden Haftung schon deshalb keine Rede sein könne, weil der Sohn als Theil der väterlichen familia doch keinesfalls in demselben Sinne hafte, in welchem er nach des Vaters Tode als selbstständige Person hafte. Ganz ebenso aber wie die Haftung des Hauskindes aus einer mittelbaren in der Theilnahme an der familia begründeten in die unmittelbare des selbst schuldenden sich verwandelt; in derselben Weise verwandelt sich nach Pernice's eigener Annahme die nicht als eigenes Recht gestaltete Theilnahme des Hauskindes am Vermögen des pater familias durch dessen Tod in die Erhebung zum Subjecte dieses Vermögens; hindert uns in diesem Falle die Disparität der rechtlichen Form nicht die Continuität der Substanz anzuerkennen, so ist nicht abzusehen warum sie es in jenem Falle thun sollte. Was aber den poenalen Character des römischen Executionsrechtes betrifft, so ergibt er sich keineswegs sicher aus der von Pernice betonten Analogie des incensus und des der Aushebung sich Entziehenden. Cic. pro Caec. 34, 99 führt für diese beiden Fälle die Verwirkung der Freiheit darauf zurück, dass der zum Census oder Kriegsdienst sich nicht Stellende sich selbst die Freiheit aberkenne und ebenso bezeichnet den letzteren Arrius Menander (L. 4 §. 10 de re mil. 49, 16) als einen solchen der die Freiheit preis gibt. Derjenige aber, der, modern zu reden, seine Zahlungen einstellt, gibt damit seine rechtliche Stellung preis;

haftet er mit seinem ganzen Dasein für die Erfüllung seiner Schulden, so ist es nur die Consequenz der Nichterfüllung, wenn er dem Gläubiger verfällt; wer nicht mehr zahlen kann, kann nicht mehr seine Existenz behaupten, ohne dass es auf den Grund seiner Zahlungsunfähigkeit ankäme. Es ist gewiss kein gesunder und zutreffender Gedanke, dass die Römer von Alters her in jedem der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten nicht mehr gewachsenen Schuldner einen wortbrüchigen Verbrecher gesehen hätten. Wie will man diese Annahme rechtfertigen für ein Gemeinwesen, in welchem die grösste Rolle die Verschuldung des kleinen Grundbesitzers spielte, dessen Zahlungsfähigkeit vom Ausfall der Ernte und damit weit mehr von der Gunst des Himmels als vom eigenen Verhalten abhing? Wie stimmt sodann mit dem poenalen Character der Execution die für ihre Vollstreckung bestehende Frist, welche nicht etwa dem Schuldner zur Umkehr von der angeblich betretenen Bahn des Verbrechens, sondern Dritten zu seiner Auslösung Gelegenheit geben soll? Und wie verträgt sich vollends mit diesem poenalen Character der Execution die Haftung der Erben, welche doch in den zwölf Tafeln anerkannt ist, also in demselben Gesetze, dessen Bestimmungen man als Beweise jenes poenalen Characters anzuführen pflegt?

Das gleichfalls von Pernice betonte „ganz persönliche *damnas esto*“ beweist nur die zur rechtlichen Identität sich steigernde innige Verbindung der Person und ihrer familia, vermöge welcher die Gewalt des Gläubigers über die familia des Schuldners eines besonderen Ausdruckes nicht bedurfte, da sie unmittelbar enthalten war in der persönlichen *damnatio* des Schuldners. Wenn nämlich Puchta (Inst. §. 179) der Ansicht ist, der Gläubiger habe keinerlei Macht über das etwa noch vorhandene Vermögen des ihm verfallenen Schuldners gehabt, so wäre dies nicht nur praktisch unbegreiflich, sondern ist auch logisch undenkbar. Gestattete die Unablösbarkeit des Vermögens von der Person dem Gläubiger nicht an das Vermögen des Schuldners unter Umgehung seiner Person sich zu halten, so musste kraft desselben Zusammenhangs mit der Person auch alles am ihrigen theilnehmende in ihrer Gewalt befindliche Dasein der Gewalt des Gläubigers verfallen. Mit Unrecht nimmt aber

Huschke (Nexum S. 86) an, dass von Alters her die Gewalt des Gläubigers über das Vermögen des ihm verfallenen Schuldners in der Befugnis des Verkaufes aufgegangen sei. Den Schuldner selbst mit seinen persönlichen Angehörigen konnte der Gläubiger nur tödten oder in die Fremde verkaufen, weil ein römischer Bürger innerhalb des römischen Gebietes nur durch Tod aufhören konnte römischer Bürger zu sein. Das Vermögen des Getödteten oder Verkauften aber wurde ohne Zweifel schlechthin Eigenthum des Gläubigers; war aber der Schuldner mehreren Gläubigern anheimgefallen, so wurde jedes Vermögensstück Eigenthum desjenigen, der den Anderen in seiner Ergreifung zuvorkam und darauf beziehen wir den berühmten Zwölftafelsatz: *partis secanto; si plus minusve secuerint, se fraude esto*<sup>10)</sup>. Dass nach späterem Executions-

10) Man pflegt zwar denjenigen, welche sich nicht entschliessen können jenen Satz auf das körperliche Zerschneiden des Schuldners zu beziehen, vorzuwerfen, dass ihnen für den Geist und Ausdruck alterthümlichen Rechtes das Verständniss abgehe. Dem ist aber zu entgegen einmal, dass die zwölf Tafeln einer schon verhältnissmässig fortgeschrittenen Culturstufe angehören und sonstige Proben des in Bezug genommenen Geistes kaum aufweisen, und sodann, dass der Sprache römischer Gesetze überhaupt der Gebrauch poetischer Hyperbeln gänzlich fremd ist. Hätten die zwölf Tafeln jene Bestimmung enthalten, so wäre es ihnen damit wie mit jedem ihrer Worte bitterer Ernst gewesen und es wäre dann auch wenig glaublich, dass, wie ausdrücklich berichtet wird, jene Bestimmung nie angewendet worden wäre. Eine Generation, welche einen solchen Satz in den Inhalt eines reiflich erwogenen, insbesondere die Macht des Gläubigers aufs Genaueste präcisirenden Gesetzes aufgenommen hätte, müsste auch fähig gewesen sein diese Bestimmung gelegentlich zur Anwendung zu bringen. Nicht von entscheidendem Gewichte ist, was gegen unsere Deutung entgegnet werden kann, dass

1) die Römer der Kaiserzeit selbst jenen Satz auf den Körper des Schuldners bezogen; sie sind dabei beherrscht von dem Bestreben möglichst greller Ausmalung des Gegensatzes der rohen Vorzeit und der Gegenwart, in welcher wirs so herrlich weit gebracht. Dass aber

2) die zwölf Tafeln das Object nicht nennen, in welches die Gläubiger sich theilen sollen, nötigt nicht als solches den Leib des Schuldners anzusehen. Dass die Macht des Gläubigers zum Gegenstande die Person des Schuldners hat, dass aber zu dieser seine familia mitgehört, war selbstverständlich; sprach nun das Gesetz davon, wie

rechte den Gläubigern nicht die Aneignung, sondern lediglich der Verkauf des Vermögens zusteht, gestattet keinen Rückschluss auf die frühere Zeit. Indem die Macht des Gläubigers zum Gegenstande nicht die einzelnen dem Schuldner gehörigen Vermögensstücke, sondern dessen Vermögen als solches hat, erforderte ihre Realisirung gegenüber der fortexistirenden Person die Ablösung des Vermögens als solchen von seinem bisherigen Subjecte, welche erfolgt durch die *bonorum venditio*, wogegen das Vermögen der mit ihrem ganzen Dasein der Gewalt des Gläubigers verfallenen Person diesem unmittelbar anheimfiel. Dagegen lässt sich auch nicht etwa die Analogie des das Vermögen eines Verurtheilten verkaufenden Staates anführen. Denn nichts ergibt, dass dieser Verkauf notwendig gewesen wäre und dass der Staat nicht auf beliebige andere Weise über das Vermögen des Verurtheilten hätte verfügen können, also einfach Eigenthümer desselben gewesen wäre. Das Besondere dieser staatlichen gegenüber der Verfügung eines Privaten über ein ihm angefallenes Vermögen lag nur darin, dass der Staat nicht an die Formen des Civilrechts gebunden war und daher durch einen Act über das ganze ihm verfallene Vermögen verfügen konnte, was zu thun ihn nicht die Unmöglichkeit separater Verfügung über die einzelnen Vermögensstücke, sondern die grössere Einfachheit des Verkaufs in Bausch und Bogen bestimmte.

sich die Gläubiger in die Existenz des Schuldners oder ihre Ueberreste theilen sollten, so konnte diese Bestimmung nur das Vermögen meinen als dasjenige mittelbare Dasein der Person, welches allein theilbar ist. Dass hier Praevention entscheidet war nicht ungerecht, da es ohnedies nur um Reste sich handeln konnte. Auf Theilung des Kaufpreises lässt sich die Bestimmung nicht beziehen, da bezüglich desselben beim Verkaufe durch mehrere Gläubiger für Praevention kein Raum ist. Bedenken könnte man erheben wegen des überlieferten Zwölftafeltextes: *tertiis nundinis partis secanto*. Dass aber hier nach den zwei ersten Worten etwas ausgefallen ist, muss schon deshalb angenommen werden, weil das Gesetz doch nicht ausschliesslich vom Falle mehrerer Gläubiger reden konnte, (setzen doch im übrigen die Bestimmungen der zwölf Tafeln über die Execution gerade die Existenz nur eines Gläubigers voraus); es wird für die angegebene Zeit zunächst Verkauf oder Tödtung gestattet und dann erst für den Fall mehrerer Gläubiger jene Bestimmung getroffen haben.

## II. Das älteste Testament.

Pernice<sup>1)</sup> bezeichnet es als bedenklich die *domestica hereditas* als Prototyp aller Erbfolge zu bezeichnen. „Dass die *sui* zuerst als Erben anerkannt wurden, versteht sich; dass die Erbfolge aller anderen, auch der testamentarischen Erben in ihren Modalitäten der *domestica hereditas* nachgebildet wäre, kann man bei den beträchtlichen Verschiedenheiten in geschichtlicher Zeit unmöglich zum Ausgangs-, sondern nur zum Zielpunkte der Untersuchung machen“. Diese Worte sind von unstreitiger Berechtigung denjenigen gegenüber, welche deshalb, weil der Uerbe das eigene Kind des Verstorbenen ist, den Testamentserben zum Adoptivkinde machen. Dagegen ist eine gewisse Vorbildlichkeit der *domestica hereditas* doch schon durch ihre zeitliche Priorität gegeben. Wenn noch in classischer Zeit bei der Erbeinsetzung das Schlagwort *heres* durch keine Beschreibung der Stellung des Erben ersetzt werden kann, wenn allem Anscheine nach die Formel *heres esto* die ursprüngliche Form der Erbeinsetzung ist, so hat von Anfang an das Testament zu einer Stellung berufen, die es nicht definirt und daher auch nicht erst schafft, deren Begriff und Existenz es vielmehr als gegeben voraussetzt. Es muss daher der *testamentarius heres* einem älteren nachgebildet sein natürlich nicht in Ansehung des Berufungsgrundes, durch den er sich eben von anderen Erben unterscheidet, wol aber in Ansehung der Stellung zu der er berufen ist. Sollte nun aber Zweifel darüber bestehen, ob das Testament, indem es auf den von ihm als gegeben vorausgesetzten Begriff des *heres* verweist, verweisen wolle

---

1) Krit. Vierteljahrschr. 22 S. 258 Anm.

auf die Stellung des *suus* und nicht etwa vielmehr auf die des *legitimus heres i. e. S.*, so könnte diesen Zweifel schon der Sprachgebrauch der zwölf Tafeln beseitigen, welche das Wort *heres* gerade nur vom *suus* gebrauchen und für die von ihnen angeordnete Erbfolge der Agnaten und Gentilen vermeiden.

Besteht aber so von vornherein die Wahrscheinlichkeit, dass die Stellung des *suus heres* massgebend gewesen sei für die des testamentarischen Erben, so wird dies bestätigt durch dasjenige Moment, welches im Begriffe des römischen Erben für uns das fremdartigste, für diesen Begriff selbst aber um so charakteristischer ist. Ist die Stellung anderer Erben der des *suus heres* nachgebildet, so erklärt sich aufs Leichteste, dass jeder Erbe den Gläubigern des Verstorbenen persönlich haftet. Dass aber etwa diese Haftung jener Erklärung nicht bedürfte, lässt sich keineswegs behaupten. Soll die Stellung des Erben bezeichnet werden durch Verweisung auf einen anderen der altrömischen Rechtsprache angehörigen Begriff, so bietet sich kein anderer als der Begriff der *familia*. Dass aber auf den Erben die *familia* des Verstorbenen übergehe, ist zwar die kürzeste Bezeichnung seiner Stellung, aber keineswegs eine genaue, denn die Schulden des Verstorbenen sind kein Theil seiner *familia* oder seines Rechtsgebietes. Daher ist auch der *familiae emtor* kein wirklicher Erbe, wie er sein müsste, wenn die Erbfolge mit dem Uebergange der *familia* sich decken würde, und daher unterscheidet gerade der Uebergang der Schulden die Erbfolge von anderen Fällen des Universalerwerbes oder des Untergangs einer *familia* in einer fremden.

Hat aber die Schuldenhaftung anderer Erben ihr Vorbild in der Schuldenhaftung des *suus heres*, so erhebt sich noch die Frage, warum gerade in diesem Punkte seine Stellung massgebend geworden ist für die anderer Erben. Hat der *suus heres* die doppelte Eigenschaft des *suus* und des *heres* und theilt er mit anderen Erben nur diese nicht aber auch jene, so dass das Verwandtschaftsverhältniss, in welchem er als *suus* zum Verstorbenen und seinen Verwandten steht, auf andere Erben nicht übergeht: worauf beruht es dann, dass seine Haftung für die Schulden auch auf andere Erben über-

geht, dass sie also gilt als ein Merkmal der Gattung *heres* und nicht als eine *differentia specifica* des *suus heres*? Wurzelt die Schuldenhaftung des *suus heres* in seiner Suität als dem besonderen Grunde seiner Erbfolge und ist gerade der Erbgrund bei anderen Erben ein anderer, so bedarf es besonderer Erklärung, warum gerade die Consequenz dieses besonderen Erbgrundes zu einem wesentlichen Momente auch der nicht auf ihm beruhenden Erbfolge geworden ist. Wir haben die Haftung des *suus heres* darauf zurückgeführt, dass die Macht, welche den Gläubigern über die *familia* ihres Schuldners als über eine Accession seines persönlichen Daseins zusteht, den Tod des Schuldners überdauert als eine Macht über die Ueberbleibsel seines persönlichen Daseins. Wir haben gesehen, dass dieselbe Macht in Ermangelung persönlicher Hinterbliebener den sächlichen Nachlass des Verstorbenen unmittelbar ergreift. Jede Beerbung durch andere entzieht nun den Gläubigern des Verstorbenen ihre Macht theils über die *sui heredes*, theils wenn es an *sui* fehlt, über den sächlichen Nachlass. Mit Rücksicht darauf nun ist der Nachlasserwerb des Erben an die Bedingung seiner persönlichen Haftung für die Schulden des Verstorbenen geknüpft. Nicht im Verhältniss zum Verstorbenen selbst und seinen Verwandten, wol aber im Verhältniss zu solchen Dritten, zu welchen er in vermögensrechtlichen Beziehungen stand, muss der anderweitige Erbe ganz an die Stelle des *suus heres* treten; denn sein Schuldner kann dem Gläubiger nicht genommen werden, ohne dass er ihm ersetzt wird durch die gleiche Haftung eines anderen. Ebenso wenig aber kann in Ermangelung eines *suus heres* dem Gläubiger seine Macht über den Nachlass genommen werden, ohne dass ihm anstatt dieses Ueberrestes seiner Forderung gegen den Verstorbenen eine Forderung gewährt wird gegen den Erwerber seines Nachlasses.

Fordert aber die Gerechtigkeit, dass so dem Gläubiger das durch die Erbfolge eines *extraneus* ihm Genommene ersetzt werde, so kann ursprünglich das Recht zu solcher Ablösung des *suus heres* durch einen andern und zu solcher Zuwendung des den Gläubigern anheim gefallenen Nachlasses an einen anderen nicht dem Einzelnen zugestanden haben.



Unmöglich kann, so lange nicht der letzte Wille über die Schranken sonstiger Verfügung hinausgehoben war<sup>2)</sup>, dem Schuldner eine Verfügung zugestanden haben über das Recht seines Gläubigers; vielmehr kann die Berufung von extranei heredes nur aufgekomen sein durch Acte des allgemeinen Willens und zwar durch solche, welche auf Grund vorgängiger causae cognitio den einzelnen Fall regelten. Der erste Schritt zur Lockerung der Macht des Gläubigers über die Hinterbliebenen und den Nachlass seines Schuldners konnte nur der sein, dass ihm durch den allgemeinen Willen ein neuer Schuldner gegeben wurde, dessen Persönlichkeit gegen eine Verschlechterung seiner Stellung die erforderlichen Garantien leistete. Schloss aber die Berufung eines extraneus heres eine Expropriation der Gläubiger in sich, so erforderte sie zugleich eine Expropriation der etwa vorhandenen sui heredes. War auch der Sohn bei Lebzeiten des Vaters seiner Willkür schlechthin preisgegeben, so erlosch doch mit dem Tode dessen Macht über ihn. Kann der Vater vermöge seines Rechtes über das Leben und die Freiheit des Sohnes durch Tödtung oder Verkauf ihn der Theilnahme an seiner familia entsetzen, so bedarf es doch, damit des Vaters familia für den Sohn eine fremde sei, dieser Entsetzung, und ist sie nicht erfolgt, so wird durch den Tod des Vaters dessen familia zu seiner eigenen, so dass jede Zuwendung derselben an Fremde über das Eigenthum des Kindes verfügt. Praegnant hat dies Paulus ausgedrückt in der berühmten L. 11 D. de lib. et post. 28, 2. Dem Satze, dass die eigenen Angehörigen des Verstorbenen etiam vivo patre quodammodo domini existimantur, begegnen wir auch sonst. Hier ist aber die Annahme gänzlich ausgeschlossen, dass damit etwas bloß Factisches angegeben werden wolle, was nicht unmittelbar, sondern höchstens als Motiv für gewisse Rechtssätze von

---

2) Dass er dies von Anfang an gewesen wäre, kann nicht angenommen werden. Wäre der Begriff des Testamentes ein nicht innerhalb des römischen Rechtes erst entstandener, so wäre es unbegreiflich, dass von Altersher ausschliesslich in solchen Formen testirt werden konnte, welche unmittelbar auf der (politischen und kriegerischen) Organisation des römischen Gemeinwesens beruhen.

ein. f. d. d. d. d. d.

rechtlicher Bedeutung wäre. Denn Paulus erwähnt und verwirft den wichtigsten Einwurf, den man gegen den rechtlichen Gehalt jenes Satzes machen könnte, mit den Worten: *nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.*

Wie der Vater, so meint Paulus, Macht hatte über das Leben des Kindes, so hat er auch Macht über sein Vermögen; wie er es tödten konnte, so kann er es expropriiren, und die Möglichkeit dem Kinde sein Vermögen durch *exhereditatio* zu nehmen, beweist eben so wenig gegen seine bisherige Existenz als die Möglichkeit der Tödtung des Kindes sein bisheriges Leben verneint; wie vielmehr nur getödtet werden kann wer bis dahin lebte, so kann nur entherbt werden wer bis dahin Herr war. Für die Theilnahme des Kindes an der Herrschaft oder Herrlichkeit (leider fehlt uns ein gangbares Wort für die Eigenschaft eines Herrn) des Vaters beruft sich Paulus auch auf den Sprachgebrauch, wie er auch sonst gerne thut, nicht etwa um durch ihn die juristische Incorrectheit seiner Auffassung zu verschleiern, sondern um den wirklichen Sachverhalt durch den Sprachgebrauch, in welchem er sich spiegelt, zu erläutern<sup>3)</sup>. Unde etiam, erklärt er, *filius familias appellatur sicut pater familias, sola hac nota adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus est.* In der That sind jene specifisch juristischen Bezeichnungen charakteristisch; denn sie bezeichnen den Sohn als Theilnehmer derselben familia, deren Haupt der Vater ist. Wenn aber der Vater kraft seiner *patria potestas* den Sohn dieser Theilnahme an der familia entsetzen kann, so genügt die Verweisung darauf nicht, um die Möglichkeit der *exhereditatio* zu erklären; denn diese erfolgt, ohne die persönliche Beziehung zum Vater und dessen Verwandten aufzuheben, und vor allem entfremdet sie dem Sohne die familia zu einer Zeit, zu welcher die *patria potestas* erlischt.

Wenn uns die angeführten Umstände nötigen im Testamente nach seiner ursprünglichen Bedeutung einen Act des allgemeinen das Privatrecht der Gläubiger und *sui heredes*

---

3) Ein anderes Beispiel in meiner Theorie der Zeitberechnung S. 78.

überwindenden Willens zu erblicken, so thun wir dies aus anderen Gründen als denjenigen, welche gewöhnlich für die Gesetzesnatur des ältesten Testamentes angeführt werden. Ihre Annahme brach sich im vorigen Jahrhundert Bahn kraft der doppelten Erwägung, dass die Möglichkeit eines überden Tod hinaus wirkenden Willens nicht dem Naturrechte angehöre sowie dass eine Aenderung der vom positiven Rechte geschaffenen gesetzlichen Erbfolge nur durch *lex specialis* möglich sei<sup>4)</sup>. Kaum hatte dagegen die historische Schule in weiteren Kreisen um sich gegriffen und kaum war uns insbesondere im echten Gaius eine neue Quelle der Erkenntniss des römischen Rechtes erschlossen, so ward auch jene Theorie von der Natur des Testamentes als eines Ausnahmegesetzes energisch bekämpft durch den älteren Dernburg<sup>5)</sup>. Wieder aufgenommen wurde sie aber durch den bedeutendsten Gegner der historischen Schule, Eduard Gans<sup>6)</sup>, und seitdem hat die Anschauung, dass das älteste Testament kein Ausfluss individueller Autonomie gewesen sei, sich wieder so viele

---

4) Bruns Ueber Testirfreiheit und Pflichttheil (in der Zsch. f. vgl. Rechtsw. II, S. 167) sagt: „Die Idee, das ganze Erbrecht aus dem Testamente und dieses aus dem Veräußerungsrechte des Eigenthümers abzuleiten, bleibt die herrschende bis Kant.“ Es ist dies aber jedenfalls zu viel behauptet. Jener bis dahin allerdings herrschenden Ansicht des Hugo Grotius trat 1705 der gerade unter den Juristen einflussreichste Naturrechtslehrer des vorigen Jahrhunderts Christian Thomasius in einer eigenen *Diss. de primis initiis successionis test. apud Romanos* entgegen (s. auch desselben *Fundamenta iuris naturae* 1718). Dem Thomasius schlossen sich sodann namentlich zwei juristische Auctoritäten an, von denen jede in ihrem Gebiete die grösste Geltung hatte, Coccei in seiner *Diss. de Test. princ.* und Heineccius in den zwei Abhandlungen *de testamenti factione iure Germanico arctissimis limitibus passim circumscripta* und *de origine testamenti factionis et iure testandi antiquo* (beide in Heinecc. *Opusculorum variorum sylloge olim seorsum editorum* 1735). Die Anschauung des Heineccius beherrscht sodann vollständig die ausführlichste bis auf Dernburg hinaus massgebend gebliebene Schrift über Ursprung und Geschichte der römischen Testamente (Trekell *de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos* 1739).

5) Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente 1821.

6) Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. II. 1825.

Freunde gewonnen, dass sie heutzutage, wenn nicht als die herrschende, so doch als die vorwiegende zu bezeichnen ist<sup>7)</sup>. Eine eigene Stellung nimmt zu dieser Frage Theodor Mommsen<sup>8)</sup> ein. Am Ursprunge der Testamente aus *leges speciales* festhaltend constatirt er zugleich, dass auch die älteste uns überlieferte Gestalt des Testirens von legislatorischem Schalten nichts an sich trage. Was nichts desto weniger zu jener Annahme nötige, sei vor allem die ursprüngliche Logik des schaffenden Gedankens, kraft welcher eine Abweichung von der legitimen Erbfolge nur durch den Gesamtwillen habe bewirkt werden können. Dazu komme die Behandlung des Testamentes seitens der römischen Juristen als eines Gesetzes; nur ein solches habe eine *Universalsuccession*, nur ein solches einen Rechtserwerb ohne Zuthun des Erwerbenden sowie dessen Betagung herbeiführen können.

Dass uns nun im römischen Rechte das Testament als ein von anderen Rechtsgeschäften grundverschiedener Act von eigener Art entgegentritt; sowie dass dieser Act eine gewisse Verwandtschaft mit den Acten des Gesamtwillens zeigt, wird jeder Jurist zugeben. Gerade der individuelle Wille des Testators aber ist es, welcher im Testamente mit der Kraft des allgemeinen Willens verfügt, das Testament erscheint als eine *lex data*, was freilich den Gedanken an seinen Ursprung aus einer *lex lata* nahe legt<sup>9)</sup>. Was aber die Besonderheit des

---

7) Am eifrigsten und eingehendsten hat neuerdings diese Theorie verfochten Jhering, *Geist des röm. R.* I (4. Aufl. S. 146 ff.).

8) In der röm. Gesch. I. S. 156 (5. Aufl.) erklärt Mommsen das älteste Testament schlechthin für eine gesetzliche Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge. In den römischen Forschungen I S. 270. 274 constatirt er dagegen aufs Bestimmteste die Natur der *Calatcomitien* als bloßer Zeugnisversammlungen, postulirt jedoch die Notwendigkeit früherer beschliessender Versammlungen, ebenso mit der angegebenen Motivirung im röm. Staatsr. II S. 35 ff.

9) Am bestimmtesten findet sich die Auffassung des Testamentes als einer in eine *lex data* sich verwandelnden *lex lata* ausgesprochen bei Heineccius in den Worten: *Quemadmodum postea lege regia populus in principem omne suum imperium et potestatem contulisse perhibetur, adeo, ut quicquid illi placeret legis haberet vigorem: ita vere dici potest lege decemvirali populum omnem facultatem suam*

Testamentsinhaltes angeht, so könnte der letzte Wille doch auch als privater Manches vermocht haben was inter vivos sich nicht bewirken liess. Kann doch von Universalsuccession keine Rede sein ohne (physischen oder rechtlichen) Untergang der Person, um deren Ersetzung es sich handelt, und wenn inter vivos erst die Annahme des Bedachten den Zuwendungswillen zum unwiderruflichen macht, so fällt ja beim letzten Willen durch den Tod die Möglichkeit des Widerrufs weg. Dass aber der gesetzlichen Erbfolge nur ein Gesetz zu derogiren vermöge, ist ein Satz, dessen Anwendung die Existenz einer nicht bloß subsidiären gesetzlichen Erbfolge voraussetzt. Eine gesetzliche d. h. durch Gesetz geregelte Erbfolge gibt es aber nach den zwölf Tafeln, und vor ihnen eine solche anzunehmen fehlt es an jedem Grunde, nur als eine durch das Fehlen eines letzten Willens bedingte. Wie freilich die Succession der sui heredes älter ist als die zwölf Tafeln, so könnte dasselbe bei der Erbfolge der Agnaten und Gentilen der Fall gewesen sein; dieselbe wäre aber dann bis auf die zwölf Tafeln, was die Stellung der sui heredes auch nach diesen blieb, nicht in einem Gesetze, sondern in der von keinem Gesetze geschaffenen Organisation der Familie begründet gewesen. Dies ist aber wenig wahrscheinlich nach der Art und Weise wie die zwölf Tafeln im Gegensatze zu der von ihnen vorausgesetzten Erbfolge der sui heredes die der Agnaten und Gentilen anordnen.

Fragen wir uns überhaupt, wodurch die Möglichkeit letztwilliger Verfügung über das Mass der sonst dem Einzelnen zustehenden rechtlichen Macht hinausreicht; so ist es ein Doppeltes, was gegen jene sich anführen lässt, der Mangel eigenen und die Existenz fremden durch die letztwillige Verfügung verletzten Rechtes. Wer über seinen Nachlass verfügt, dem lässt sich entgegenhalten, dass, was er vererbe, ihm gar nicht gehöre, sowie möglicherweise, dass es Dritten gehöre. Soweit es sich nun um die letztwillige Vergabung übertragbarer Rechte handelt, erscheint diese um nichts weniger ver-

---

*νομοθετικῇν* de successione testamentaria in quemlibet patrem familias transseripsisse. (Diss. de or. testamentif. §. XVII in f. Opusc. var. p. 937 sq.).

ständig als die bei Lebzeiten erfolgende. Allerdings ist beiderlei Vergabung von verschiedener Art, indem im einen Fall die Entstehung des fremden Rechtes das eigene aufhebt und im anderen das Recht nur durch seine Uebertragung auf einen anderen fortlebt. Dass aber in demjenigen Momente, in dem er über das Seinige verfügt, der Testator verfügt über etwas, was auch ohne diese Verfügung sein zu sein aufhört, darin erblickt man mit Unrecht einen inneren Widerspruch. Wenn im letzten Willen eine der Vergangenheit angehörige Persönlichkeit sich noch als rechtswirksam erweist, so ist ja doch der Moment des Todes, in welchem jene Wirkungen eintreten, zugleich der letzte ihres Lebens, so dass die erforderliche Continuität der Ursache und der Wirkung durchaus gewahrt erscheint. Damit ich etwas an einen anderen wegzugeben vermöge, ist nur erforderlich, dass ich zur Zeit dieser Handlung es noch in Händen habe, müsste es auch in demselben Momente, in dem ich es dem anderen reiche, meiner Hand ohnedies entsinken. Anders stünde es, wenn der Tod ein vom Rechte statuirter Endigungsgrund meiner Macht wäre. Ist er dies aber aus rein factischen Gründen, so ist er es auch nur in soweit als die Fortexistenz meiner Macht mit dem Factum meines Todes unverträglich ist. Während daher von rechtlichen Wirkungen, die der Todte in eigener Person erführe, unmöglich mehr die Rede sein kann, so vermag doch für andere auch die der Vergangenheit angehörige Persönlichkeit sich noch als rechtswirksam zu erweisen. Deutlichstes Zeugniß gibt hievon für das römische Recht die auf keinerlei gesetzlicher Anordnung beruhende *familiae mancipatio*, welche über die familia als solche d. h. als eine durch den Tod von der Person des *pater familias* sich ablösende verfügt.

Erscheint es aber nicht als innerer Widerspruch, dass der Einzelne über die Zeit seines Todes hinaus verfüge über ein bis zum Tode ihm zustehendes Recht: so muss doch solche Verfügung scheitern an der Existenz fremder durch sie verletzter Rechte und als solche haben wir kennen gelernt die Rechte der (göttlichen und menschlichen) Gläubiger einerseits und der *sui heredes* andererseits. Dazu kommt aber ein Weiteres. Wenn der Erbe nicht nur Rechte des Verstorbenen

erwirbt, sondern auch Verbindlichkeiten übernimmt, und zwar Verbindlichkeiten gegenüber dritten Personen, so ist nicht abzusehen, wie solche durch Privatrechtsgeschäft ohne Zuthun jener dritten Personen sollten entstehen können. Solche Verbindlichkeiten erzeugt aber das Testament nicht nur gegenüber den Gläubigern des Verstorbenen, sondern auch gegenüber Dritten durch die in ihm enthaltene *damnatio* des Erben. Freilich erhebt sich dabei die Frage, ob dem letzten Willen die Kraft solcher Obligirung von Anbeginn eigen gewesen oder ob sie nicht vielmehr auf einer gesetzlichen Steigerung seiner ursprünglichen Bedeutung beruhe. Bezüglich der Haftung des Erben für die Schulden des Verstorbenen ist denn auch die letztere Annahme aufgestellt worden im Anschlusse an die mehrfach bezeugte Thatsache, dass allerdings die zwölf Tafeln mit dieser Haftung des Erben sich beschäftigen haben. Wir haben aber gesehen, dass die Gerechtigkeit diese Haftung des Erben fordert und wenn speciell die Getheiltheit der *nomina*<sup>10)</sup> im Falle mehrerer Erben auf die zwölf Tafeln zurückgeführt wird, so erscheint uns als der dadurch abgeänderte Zustand die solidarische Haftung sämmtlicher Erben. Ergab sich doch diese für die *sui heredes* des Verstorbenen aus ihrer Eigenschaft als Glieder seiner mit seiner Person seinen Gläubigern haftenden *familia*, und erforderte doch die gleiche Haftung anderer Erben der Umstand, dass für die solidarische Haftung der *sui heredes* und für die Macht des Gläubigers über die erblose *familia* vollen Ersatz nur diejenige Substitution anderer Schuldner gewährte, welche den Gläubiger nicht zur Theilung seiner Forderung nötigte.

Weit auffälliger als dieser Uebergang bereits bestehender Schulden erscheint die Möglichkeit durch *legatum per damnationem* dem Erben neue nicht schon in der Person des Testa-

---

10) Dass es gerade nur diese Getheiltheit der *nomina* nach Erbtheilen ist, welche die zwölf Tafeln angeordnet haben, darauf weist auch der Zusammenhang der betreffenden Bestimmung mit der Einführung der *actio familiae herciscundae* hin. Mit Recht sagt Eck Kr. Vierteljahrsschr. 19 S. 228. „Es ist rein positiv und folgt durchaus nicht aus der Natur des einzelnen Erben als des nunmehrigen Objects, dass die Forderung gegen ihn nicht in *solidum*, sondern bloß auf einen Theil der ursprünglichen Leistung geht.“

tors begründete Verbindlichkeiten aufzuerlegen. Um so exorbitanter erscheint diese Macht des Testators, da sie uns als eine ursprünglich unbegrenzte entgegentritt. Wenn manche ihre Beschränkung auf den nach Abzug des Geschuldeten dem Erben verbleibenden Betrag als selbstverständlich annehmen, so ist dies in Wirklichkeit um nichts selbstverständlicher als die Negation jeder über den Betrag des Ererbten hinausreichenden Haftung, welche wir Modernen sicher annehmen würden, wenn uns nicht mit aller Bestimmtheit das Gegentheil überliefert wäre. Dass nun das Damnationslegat durch die zwölf Tafeln eingeführt wäre, entbehrt jedes äusseren Anhaltes, vielmehr bezeugt schon der Zusammenhang des Gesetzes und der Formelworte hinreichend, dass unmittelbar auf das *uti legassit* des Gesetzes nur diejenige Verfügung sich zu stützen vermag, welche durch ihre Formel (*do lego*) sich gerade als *legatum* kund gibt. Die testamentarische damnatio dagegen muss entweder der gesetzlichen Anerkennung schon damals nicht bedurft haben oder erst später aufgekomen sein. Die letztere Annahme ist aber ausgeschlossen durch die nach den zwölf Tafeln beginnende Verdrängung des comitalen Testamentes durch das *testamentum per aes et libram*; gleich dem *heres esto* kann auch das *damnas esto* der Testamentsurkunde nicht im Mancipationstestamente, sondern nur — da *tertium non datur* — im Comitaltestamente seine ursprüngliche Heimat haben<sup>11)</sup>. Auf diesen Ursprung weist auch direct die älteste Gestalt des Mancipationstestamentes selbst hin; erscheint in ihr die *familiae mancipatio* als Analogon der Erbeinsetzung, die jener folgende Bitte dagegen als Analogon der sonst dem Comitaltestamente eigenen Verfügungen, so sind diese nur als Befehle an den Erben zu denken. Wie aber seiner Form nach dieser Befehl (*damnas esto!*) gleich der Erbeinsetzung (*heres esto*), nicht als Ausdruck eines individuellen Willens, sondern als kate-

---

11) Gehört aber selbst die Belastung des Erben mit neuen erst in seiner Person entstehenden Schulden schon dem früheren Rechte an, so ergibt sich daraus um so sicherer, dass seine Haftung für die Schulden des Verstorbenen nicht erst von den zwölf Tafeln eingeführt sein kann.



gorischer Imperativ und damit als Ausdruck eines höchsten schlechthin massgebenden Willens auftritt, so kann er auch ursprünglich nur als Act des allgemeinen Willens zu Stande gekommen sein. So ergibt sich allerdings als unumgänglich die Gesetzesnatur des ältesten Testamentes, in welcher diejenigen letztwilligen Acte wurzeln, welche die Sprache des Gesetzes reden, wie die Erbeinsetzung, die *damnatio* des Erben und die testamentarische Freilassung. In allen diesen Fällen handelt es sich um Verfügungen, welche weit hinausgehen über die Vergabung des vom Testator Hinterlassenen. Am Augenscheinlichsten ist dies bei der Freilassung, durch welche nichts Geringeres verliehen wird als das Bürgerrecht, welches nur der allgemeine Wille zu verleihen vermag. In dem *uti legassit* der zwölf Tafeln tritt uns die letztwillige Verfügung als Act des individuellen Willens entgegen; sie hatten also das Testament bereits materiell als Aeusserung des Einzelwillens vorgefunden und erkannten demgemäss Verfügungen an, welche auch formell als Acte des individuellen Willens sich darstellten. Dass der Testator über das Seinige und die noch nicht zur Mündigkeit gelangten Seinigen in seinem eigenen Namen zu verfügen vermag durch *datio* sei es einer von ihm hinterlassenen Sache an einen Dritten sei es eines Vormundes für eine von ihm hinterlassene Person, das ist es, was die zwölf Tafeln anerkannt haben. Sie haben damit nicht nur eine neue die Sprache des Gesetzes abstreifende Form letztwilliger Verfügungen anerkannt. Erst durch die zwölf Tafeln ist neben der *Universalsuccession* des Erben eine *Succession* dritter in einzelne Nachlasstücke möglich geworden. Während also nach den zwölf Tafeln nur noch die Schulden des Verstorbenen schlechthin auf die Erben übergehen, dagegen seine Habe durch *legatum* diesen entfremdet und unmittelbar Dritten zugewendet zu werden vermag, ist ursprünglich der Erbe der einzige Successor des Verstorbenen bezüglich der von diesem hinterlassenen Rechte sowol als Verbindlichkeiten.

Die entscheidende Frage für das eigentliche Wesen der Erbfolge und des sie anordnenden Testamentes ist nun aber diese, in welchem Verhältniss der Erwerb und die Haftung des Erben zu einander stehen. Die Verweisung auf den Begriff der

Universalsuccession als einen solchen, welcher die vom Verstorbenen hinterlassenen Rechte und Verbindlichkeiten gleichmässig umfasse, genügt nicht nur desshalb nicht, weil jene zweierlei Nachlassstücke von allzu verschiedener Natur sind<sup>12)</sup>, sondern vor allem desshalb nicht, weil dem Begriffe des Erben die Haftung für die ihm durch damnatio auferlegten Verbindlichkeiten ebenso wesentlich ist als diejenige für die ererben. Für den Erben nun erscheint diese doppelte Haftung lediglich als die *condicio sine qua non* seines Erwerbes, als der Preis, um welchen er diesen erkaufte. Für den Testator dagegen ist der Zweck des Testamentes ein mehrfacher. Er will sein Andenken nicht nur erhalten, sondern vor allem — was die erste Bedingung seiner ehrenvollen Erhaltung ist — entlasten; er will als gewissenhafter Geschäftsmann nicht ver scheiden, ohne seine Schulden von sich auf seinen Erben abgewälzt zu haben, damit seine Manen sich unbefleckter Ehre und ungetrübter Ruhe erfreuen. Bezeugt wird diese Auffassung durch den ganzen Cultus der Manen, welche nichts anderes sind als die in der Unterwelt fortexistirenden Personen der Abgeschiedenen, sowie insbesondere durch die Erbeinsetzung von Sklaven um von der eigenen Person die Schmach des über den Nachlass ausbrechenden Concurses abzuwenden (Gaius II, 154). Mit diesem Interesse der Entlastung verband sich das des Fortwirkens der eigenen Persönlichkeit durch Vermittelung der Person des Erben. Ein solches war einmal darin enthalten, dass es der eigene Wille des Verstorbenen ist, durch welchen der Erbe seinen Nachlass erhält, dass also der Verstorbene, was er nicht mehr selbst behalten kann, doch noch selbst vergibt. Die damnatio des Erben gewährte sodann die Möglichkeit nicht nur Dritten Liberalitäten zu erweisen, sondern auch dem Erben selbst gegenüber den eigenen Willen als einen solchen zu erweisen, welcher dadurch fortwirkt, dass er die Person des Erben dritten Personen dienstbar macht. Endlich lebt aber durch den Erben

---

12) Dies wäre nicht der Fall, wenn sich beide nur als Additions- und Subtractionsposten zu einander verhielten, was aber jede über den Betrag der hinterlassenen Activen hinausreichende Haftung des Erben ausschliessen würde.

der Verstorbene fort als ein vor Beschimpfung geschützter, indem seine Beschimpfung eine Beschimpfung des Erben ist. (L. 1 § 4 D. de iniur. 47, 10) Die Bezeichnung des Erben als des Universalsuccessors des Verstorbenen ist eine erschöpfende vor allem desshalb nicht, weil in ihr die Möglichkeit seiner damnatio nicht enthalten ist. Wie also bezüglich des Activnachlasses seine Succession seit den zwölf Tafeln nicht mehr eine ausnahmslose ist, so erschöpft sich andererseits seine Obligirung nicht in der Haftung für die eigenen Schulden des Verstorbenen, und von dieser Haftung kann dem Erben nichts abgenommen werden, während möglicherweise der ganze Activnachlass durch Legat Dritten zugewendet ist.

So ist der Erbe vor allem derjenige, welchem es obliegt Dritten gegenüber für die Person des Verstorbenen und die Ausführung seines letzten Willens einzustehen; er ist nicht blos der Successor des Verstorbenen, sondern der Vertreter seiner Person und seines Willens; wie er aber seine Person vertritt als eine nicht mehr in rerum natura befindliche (wesshalb die dem Verstorbenen bei seinen Lebzeiten zugefügte Injurie ihn nichts angeht), so vertritt er seinen Willen in seiner Eigenschaft als letzten Willen oder als einen Willen, welcher nichts mehr für sich selbst will. Ist in der Eigenschaft eines für den Verstorbenen Einstehenden diejenige eines Successors in seine Verbindlichkeiten<sup>13)</sup> unmittelbar enthalten, so ist der Erbe Successor der vom Verstorbenen hinterlassenen Rechte nur in Ermangelung ihrer Uebertragung an dritte Personen; auch ihre Fortexistenz ist durch seine Erbfolge vermittelt; in seiner eigenen Person aber existiren sie im einzelnen Falle nur in soweit fort, als ihre durch seine Erbfolge bewirkte Erhaltung nicht mit einer Uebertragung an dritte verbunden ist. Die Erbeinsetzung ist also für sich keineswegs ein Act der Uebertragung oder Zuwendung der erbschaftlichen Activen an den Erben; sie fallen vielmehr ihm anheim als niemanden zugewendete; indem durch das Entstehen des Erben für den Verstorbenen seine Existenz fortwirkt und seine Rechte als Ueberbleibsel derselben fort-

13) Für Delicte des Verstorbenen hat der Erbe nicht einzustehen, weil Delinquent der Mensch als solcher ist, nach dessen Tode das Delict als ein zu ahndendes nicht mehr existirt.

Höl der, Beitr. z. röm. Erbr.

dauern, existiren sie als nicht an einen Dritten veräußerte in der Person desjenigen fort, dem ihre Erhaltung verdankt wird. Mag also für den Erben der Erwerb des Activnachlasses den Lohn bilden, um welchen er für den Verstorbenen einsteht, so ist doch begrifflich jener Erwerb nur eine zufällige Nebenwirkung jenes Einstehens.

Keine Bestätigung findet nach dem Ausgeführten die weit verbreitete Annahme, dass ursprünglich die Erbeinsetzung nichts anderes als eine Arrogation gewesen sei. So bestechend diese Annahme auf den ersten Blick ist, so wenig hält sie näherer Erwägung Stand. Empfiehlt sie die Eigenschaft des Kindes als des ursprünglichen Erben, in dessen Stellung das Prototypen aller Erbfolge zu erblicken nahe liegt, so steht mit diesem ihrem angeblichen Ausgangspunkte die ganze geschichtliche Erscheinung des testamentarischen Erbrechtes in schneidendem Widerspruch. Soll nach jener Annahme die Erbeinsetzung eine testamentarische Adoption gewesen sein, so ist in geschichtlicher Zeit eine wirkliche letztwillige Adoption ein Ding der Unmöglichkeit. In der uns überlieferten jedenfalls alten Formel der Arrogation (Gell. V, 19) ist sodann von der bei testamentarischer Adoption allein denkbaren Fortsetzung des väterlichen Daseins durch den Sohn keine Rede, um so mehr aber von der mit dem Tode des Vaters notwendig aufhörenden Subjection des Sohnes. Dass der testamentarische Erbe in irgend welche rechtliche Beziehung zu den Agnaten des Verstorbenen getreten wäre, davon findet sich keine Spur und ebensowenig davon, dass die Enterbung des Hauskindes dessen Stellung im Agnationsverbande irgendwie berührt hätte. Dass es endlich eine Erbeinsetzung des eigenen Kindes jemals nicht gegeben hätte, hat nicht nur keinerlei Wahrscheinlichkeit für sich; sondern ist geradezu ausgeschlossen dadurch, dass von Alters her es ohne Erbeinsetzung keine letztwillige Verfügung gibt; wer also seinen Kindern die Erbschaft belassen aber einem Dritten ein Vermächtniss hinterlassen wollte, hätte dies nicht vermocht, ohne einen extraneus zum Erben zu ernennen.

Weit entfernt, der Natur des ältesten Testaments zuwider zu laufen, wird viel eher die Einsetzung der *sui heredes* der Ausgangspunkt aller Testamente gewesen sein. Ist doch

die befehlende Form des Testamentes am meisten am Platze demjenigen gegenüber, welcher der Gewalt des Testators unterthan ist. Dass jener Befehl ursprünglich ein Act des allgemeinen Willens war, macht hiefür keinen Unterschied. Gerade als Inhalt eines Gesetzes und in Verbindung mit dem daran sich schliessenden *damnas esto* machen die Worte *heres esto* den Eindruck, als würde kraft derselben der zum Erben Ernante ebenso unmittelbar und notwendig Erbe als durch seine *damnatio* der Erbe unmittelbar verpflichtet wird. Unmöglich konnte aber der Staat einen nicht in der Gewalt des Testators befindlichen Bürger zur Uebernahme seiner Erbschaft nötigen wollen, während diese Nötigung unbedenklich war gegenüber dem bis zum Tode der Gewalt des Testators schlechthin unterthanen und auch nach dem Tode des Vaters noch für seine Schulden haftenden *suus*. An *extranei* dagegen konnte jener kategorische Imperativ nur ergehen auf Grund ihrer eigenen Zustimmung zu seinem Inhalte. Ausgeschlossen erscheint aber die Annahme einer bei der Testamentserrichtung selbst abgegebenen Einwilligung des Erben. Sie hätte gleich der Einwilligung des *arrogandus* vor versammelter Gemeinde erfolgen müssen und die Einsetzung selbst hätte nicht in imperativischer Form erfolgen können, und vor allem hätte von ihr nicht nur das weibliche Geschlecht, sondern auch das heranwachsende Alter wegen der ihm fehlenden *comitiorum communio* ausgeschlossen sein müssen. Lässt sich aber so weder eine nach der Testamentserrichtung noch eine während derselben erklärte Einwilligung annehmen, so ist dagegen ohne alles Bedenken die Annahme einer vor der Testamentserrichtung eingeholten Einwilligung des Erben.

Wenn nämlich das Testament die Einwilligung des öffentlichen Willens voraussetzte, so setzte es nicht minder eine dieser Einwilligung vorausgehende obrigkeitliche Cognition voraus. Expropriirte es die Gläubiger und eventuell die *sui heredes*, so forderte die Entscheidung über die Gerechtigkeit solcher Expropriation eine *causae cognitio*, welche namentlich auf die Person des Erben sich erstrecken musste. War hier zu untersuchen ob er zuverlässig genug war, um die Gläubiger auf ihn verweisen zu können, und ob er würdig

war den *sui heredes* vorgezogen zu werden — ist doch noch in später Zeit die Würdigkeit der den Pflichterben vorgezogenen Person von Bedeutung —: so kam dazu als weiterer Punkt die Frage seiner Bereitwilligkeit zur Uebernahme der Erbschaft. Als später das Testament zum reinen Acte der individuellen Willkür wurde, wurde es ebenso für den zur Erbschaft Berufenen zu einer Sache seiner Willkür, ob er es wollte gelten lassen oder nicht; der Befehl wurde zum bloßen Wunsche.

Vergleichen wir mit dem bisher Entwickelten, was uns über die älteste Testamentsform überliefert ist, so tritt uns als solche die Errichtung in Comitien entgegen, welche abgehalten wurden *pro collegio pontificum* (Gell. XV. 27.) Aus der pontificalen Leitung der Testamentscomitien folgt unmittelbar, dass die Vorlegung des einzelnen Testamentes in denselben vom Ermessen der pontifices abhing, dass also keinesfalls das Testament ein reiner Act der individuellen Willkür war. Dass aber die pontifices das ihnen zustehende Ermessen auf Grund einer *causae cognitio* ausübten, bedarf keines Beweises. Waren sie doch jedenfalls die allein berufenen Vertreter der wegen der *sacra* durch das Testament berührten göttlichen Interessen. Die Rechte der menschlichen Gläubiger wahrzunehmen waren sie nicht nur berufen durch den Zusammenhang ihrer Interessen mit denen der Götter, sondern schon dadurch, dass ihnen überhaupt in Sachen des Privatrechtes die Stellung massgebender Auctoritäten zukam. Dass sie sodann als solche namentlich auch die Rechte der *sui heredes* zu vertreten hatten, entspricht vollständig der Stellung, welche ihnen noch in historischer Zeit bei der Arrogation zukam. Fragen wir uns aber des Weiteren, ob das älteste Testament eine Abstimmung des *populus* erforderte, so müssen wir uns hüten diese Frage schon deshalb zu bejahen, weil es nicht ein Act der individuellen Willkür gewesen sein kann; denn diese ist ja schon durch die pontificale Cognition und die obrigkeitliche Leitung der Comitien ausgeschlossen.<sup>14)</sup> War das Testament ein Act des öffent-

---

14) Mit Recht hebt Rubino Unters. über röm. Verfassung S. 251 hervor: „Nach römischen Verfassungsbegriffen war es immer der obrig-

lichen Willens, so folgt daraus noch keineswegs, dass es eine lex gewesen wäre, deren Annahme und Verwerfung vom Belieben des *populus* abgehangen hätte. Allerdings hätte es einer lex bedurft um Bestimmungen durchzusetzen, welche einer lex zuwiderliefen; war es aber das auf keiner lex beruhende Privatrecht bestimmter Personen, zu dessen Ueberwindung es des öffentlichen Willens bedurfte, so ist es eine bloße *petitio principii*, dass dieser öffentliche Wille nicht ohne Abstimmung des *populus* zu Stande kommen konnte. Es ist vielmehr höchst unwahrscheinlich dass je die Römer eine Entscheidung in die Hände der ganzen Bürgerschaft gelegt hätten, welche die Privatrechtsverhältnisse bestimmter Individuen zum Gegenstande hatte und durch genaue Kenntniss individueller Verhältnisse bedingt war. Man käme dann auch zur Consequenz einer öffentlichen Erörterung der intimsten Privatverhältnisse in der den Comitien vorangehenden *contio*, und das bei einem Volke, welches wahrlich nicht die Neigung hatte die Sphären des privaten und öffentlichen Daseins in einander fließen zu lassen. Auf die bei der *Arrogation* vor sich gehende Abstimmung darf man sich gegen dieses Bedenken nicht berufen. Hier handelte es sich darum einem Bürger über den anderen das *ius vitae ac necis* einzuräumen, also nicht blos um vermögensrechtliche Verhältnisse, sondern um totale Unterwerfung einer bisher nur der Gewalt des *populus* unterthanen Person unter die Gewalt eines anderen. Vermögensrechtliche Verhältnisse kamen freilich auch hier in Betracht, aber gerade sie waren kein Gegenstand der Abstimmung des *populus*, sondern lediglich eine Sache pontificaler Cognition; nur die Unterwerfung des *arrogandus* unter den *arrogator* und insbesondere das diesem einzuräumende *ius vitae ac necis* bildet den Gegenstand der an die Gemeinde gerichteten Frage, und auch zu dieser persönlichen Unterwerfung eines Freien unter die Gewalt eines anderen würde es zur Königszeit, falls dieselbe sie schon gekannt hätte, schwerlich der Einwilligung der Gemeinde bedurft haben, da dem König

---

keitliche Lenker einer jeden Versammlung, unter dessen Autorität alle darin vollzogenen Handlungen standen.“

die später den Comitien vorbehaltene Macht über Leben und Tod des Bürgers zustand.

Gleich allen Comitien waren die Testamentscomitien in der Königszeit, welche noch keine Trennung der weltlichen und geistlichen Gewalt kannte, von keinem anderen berufen als dem König, dem Haupte der Gemeinde. Concurrirte nun beim Testamente die Prüfung der pontifices, die Zustimmung der Götter, deren Einholung alle Comitien erforderten, der Wille des Königs und die Anwesenheit der als gegliedertes Ganzes nach ihren verfassungsmässigen Abtheilungen aufgestellten Bürgerschaft, so war es wahrlich ein Act des allgemeinen durch Zusammenwirken der Götter und ihrer Vertreter, des Königs und der Bürgerschaft sich äussernden Willens auch dann, wenn diese nur als Zeuge mitwirkte. Insbesondere vollzieht sich durch die Assistenz des *populus* das Testament nicht nur vor der versammelten Bürgerschaft als ein für die Gesamtheit der Bürger bedeutungsvoller Act, sondern er vollzieht sich auch nicht ohne ihre Mitwirkung. Ihren Grund hat aber diese Assistenz des *populus* in der eminenten Tragweite, welche nach doppelter Richtung dem Testamente zukommt. Indem die Beziehungen des einzelnen zu seinen Mitbürgern unübersehbar sind, kann der Rechtskreis eines jeden durch das Testament berührt werden und insbesondere ist es für jeden, der dem Verstorbenen etwas schuldete, von Bedeutung zu wissen, wer an seine Stelle getreten ist. Dann aber ist der Inhalt des Testamentes ein solcher, welcher jedenfalls nicht mehr bei Lebzeiten des Testators, möglicher Weise erst in ferner Zukunft ins Leben tritt. Soll daher in einer noch nicht zur Sitte urkundlicher Fixirung vorgeschrittenen Zeit die unverfälschte Ueberlieferung des Testamentsinhaltes sichergestellt werden, so genügt nicht wie bei anderen Geschäften die Zuziehung einzelner Zeugen, von denen möglicher Weise in wenigen Jahren keiner mehr lebt; wird dagegen als Zeuge der gesamte *populus* zugezogen, so liegt darin die denkbar stärkste Garantie gegen Aussterben der Zeugen. Zugleich ist aber diese Zeugenschaft des *populus* von wesentlicher materieller Bedeutung, indem sie jedes Testament ausschliesst, dessen Inhalt der Testator nicht wagen kann schon bei seinen Lebzeiten der gesamten Bürgerschaft kund wer-



den zu lassen. Ist aber so die bloße Anwesenheit des *populus* keineswegs bedeutungslos, so lässt sich auch nicht sagen, dass es nicht der Mühe wert gewesen wäre zum bloßen Anhören des letzten Willens die Bürgerschaft zusammentreten zu lassen. Ward ja doch keineswegs um des einzelnen willen, welcher ein Testament zu errichten wünschte, der *populus* eigens zusammengerufen. Dass, wie Gaius (II, 101) bestätigt, nur zu bestimmten Zeiten Testamentscomitien stattfanden, meinte man früher dem Theophilus gerade deswegen nicht glauben zu sollen, weil diese Notiz für die Auffassung des Testamentes als einer *lex* etwas Befremdendes hatte.

Fragen wir uns nun, wie unsere Ueberlieferung zur Annahme einer Abstimmung bei den Testamentscomitien sich verhält, so weiss sie davon nicht nur nichts, sondern es spricht gegen dieselbe alles über die specielle Beschaffenheit jener Comitien uns Berichtete. Für sie könnte nur das Vorurtheil ins Feld geführt werden, dass der Begriff der Comitien eine Abstimmung fordere. Dass aber jenes Vorurtheil ein unbegründetes ist und keineswegs durch die Entgegensetzung der Comitien und Contionen bestätigt wird, ist durch Rubino und Mommsen erwiesen. Der „Zusammentritt“ (*comitia*) der Bürgerschaft unterscheidet sich von einer bloßen „Zusammenkunft“ (*contio* = *conventio*) derselben vor allem dadurch, dass bei jenem die Bürgerschaft als ein gegliedertes in seinen Abtheilungen aufgestelltes Ganzes auftritt. Damit, dass hier die Bürgerschaft als Einheit und nicht bloß als eine Summe von Personen uns entgentritt, hängt freilich auch eine Verschiedenheit der Zwecke zusammen, um deren willen Comitien und Contionen berufen werden. Nie handelt es sich bei jenen um Discussion oder um bloße Entgegennahme von Mittheilungen; wie aber der zum Zwecke der Meinungsäusserung berufenen *contio* entgegengesetzt werden die zum Zwecke des Willensactes oder der Abstimmung berufenen Comitien, so ist der bloßen Mittheilung an die Bürgerschaft entgegengesetzt die Assistenz der Bürgerschaft bei einem Rechtsacte, dessen Giltigkeit durch ihre Anwesenheit bedingt ist; bei ihm steht nicht die Bürgerschaft als die Summe ihrer Untergebenen der Obrigkeit gegenüber von welcher sie eine Mittheilung empfängt, sondern sie steht der Obrigkeit als ihrem eigenen

Empfe zur Seite, indem sie durch ihre Anwesenheit deren Zustand in einem für den Staat und im Namen des Staates vorgenommenen Stande.

Der Gegensatz abstimmen und in einer „Zeugnisversammlung“ darf nicht überschätzt werden. Ist auch die Höhe der Folgen eines vorgerichtlichen Actes bedingende Anwesenheit des *populus* eine Wirkung bei jenem Acte, so darf keineswegs als principueller Gegensatz dieses Zustandes gegenüber dem durch ausdrückliche Erklärung sich vollziehenden der Umstand angesehen werden, dass hier die geübliche Zustimmung verweigert werden kann. Denn dass die Freiheit ihrer Verwerfung keineswegs ein wesentliches Moment im ursprünglichen Begriffe der *lex* bildet, zeigt die *lex curata de imperio*. Die durch ihre Annahme ausdrücklich anerkannte Verpflichtung den Befehlen der Obrigkeit Folge zu leisten wird dadurch keineswegs willkürlich übernommen, vielmehr kann ihre Annahme ohne Bedenken nicht verweigert werden. Ebenso verhält es sich aber bei den Zeugnisversammlungen: auch sie erfordern eine Action des *populus*, die derselbe verweigern kann und verweigern wird, wenn er trotz seiner Einberufung nicht zusammenströmt oder vor der Vollendung des betreffenden Actes auseinander tritt. Auch dieser Act zu hindern wäre also der *populus* im Stande, wenn er seine Pflicht der Einberufung Folge zu leisten und bis zu seiner Entlassung versammelt zu bleiben verlette, eine Pflichtverletzung vermag er dagegen eine Zustandekommen der *lex curata de imperio* ebensowenig zu hindern als dasjenige eines zwar seine Anwesenheit aber keine Abstimmung fördernden Actes. Das Unterscheidende liegt hier nicht in der grösseren oder geringeren Freiheit, womit der *populus* dem Acte gegenübersteht, sondern lediglich in seinem Inhalte: fordert der König eine ausdrückliche Erklärung, wenn er die Bürgerschaft in Pflicht nimmt, so genügt die bloße Anwesenheit (in welcher ja z. B. auch die *trivis accivitas* aufgeht) bei einem Acte, welcher wie das Testament, nur den Rechtskreis jedes Bürgers möglicher Weise berührt aber nicht unmittelbar den Bürger als solchen verpflichtet. Wenn also Mommsen drei Theile Comitien unterscheidet: „zum Zeugnis, zur Treueklage und zur Beschluss-

fassung“, so steht die Treugelobung zwar formell der Beschlussfassung gleich, materiell dagegen als Anerkennung der der Obrigkeit schuldigen Pflicht dem Zeugnisse näher. Die einzige in der Königszeit nicht bloß ausnahmsweise wiederkehrende *lex* war aber eben die *lex de imperio*. Wenn Mommsen als Gegenstände der Beschlussfassung neben legislatorischen Acten die Beamtenwahlen und die Bestätigung der Criminalerkenntnisse nennt, so gehört nicht nur nach Mommsen selbst das Wahlrecht gleich der Gerichtsbarkeit des *populus* erst der republicanischen Periode an, sondern es ist auch die Fixirung und Aenderung des bestehenden Rechtes durch *leges* etwas, was in der Königszeit nur vereinzelt vorgekommen sein kann; es ist daher nicht möglich für den ursprünglichen Begriff der *lex* das Moment ihrer willkürlichen Annahme oder Verwerfung dadurch zu retten, dass die *lex de imperio* für eine Ausnahme von der Regel erklärt wird.

Ebensowenig aber können die Zeugnisversammlungen angesehen werden als hervorgegangen aus beschlussfassenden Versammlungen. Wäre in ihnen die anfangs willkürliche Zustimmung des *populus* im Laufe der Zeit selbstverständlich geworden, so hätte es um so mehr an jedem Grunde gebrochen wenigstens die Form der Abstimmung beizubehalten, da ja, wie eben die *lex de imperio* zeigt, diese Form mit der Unstatthaftigkeit der Verwerfung keineswegs unverträglich war. Von den ausser der Testamentserrichtung vor Zeugnisversammlungen sich vollziehenden Acten ist die *sacrorum de testatio* zu wenig selber aufgeklärt, um über die Natur jener Comitien uns Aufschluss verschaffen zu können; die in ihnen erfolgten Inaugurationen dagegen sind Cultusacte, denen gegenüber jede Abstimmung und jeder Widerspruch des *populus* ausgeschlossen ist. War es in republicanischer Zeit die Inauguration des *rex* und der drei *flamines maiores*, welche vor solchen Versammlungen sich vollzog, so war in der Königszeit derjenige Act, aus welchem die Inauguration des späteren *rex sacrorum* hervorging, der *lex curiata de imperio* durchaus correlat; wie durch diese der Verkehr des Königs mit der Bürgerschaft, so wurde durch jenen der Verkehr des Königs mit den Göttern feierlich eröffnet. Beide Acte erfolgen kraft königlicher Gewalt, deren Existenz sie als erste

Acte ihrer Ausübung voraussetzen; der Unterschied ist nur dass der König seinen amtlichen Verkehr mit den Göttern als Vertreter der Bürgerschaft unter ihrer passiven Assistenz eröffnet, während er seinen Verkehr mit der Bürgerschaft als ihr Gebieter durch eine an sie selbst gerichtete Aufforderung zur Gelobung des Gehorsams einleitet. Daher ist es geradezu verkehrt, wenn neuerdings Emanuel Hoffmann<sup>15)</sup> gerade die Handhabung der Auspicien als diejenige Befugniss bezeichnet, welche durch die *lex curiata de imperio* bedingt gewesen sei; als ob nicht umgekehrt jede Einbringung einer *lex auspicato* erfolgt wäre, so dass der König den Besitz des *imperium* erst ergreifen konnte, wenn er in den der Auspicien sich gesetzt hatte.

Können aber die Inaugurationscomitien, welche Veränderung ihrer Gestalt sie auch durch Abschaffung des Königthums erlitten haben mögen, nie beschlussfassende Versammlungen gewesen sein, so wäre es schwer begreiflich, wenn die Testamentscomitien aus ursprünglich beschlussfassenden jenen schlechthin ungleichartigen Versammlungen zu einer Art derselben Gattung geworden wären, der jene angehören. Dass insbesondere die Testamentscomitien zu derselben Gattung von Versammlungen gehören wie die Inaugurationscomitien, dagegen zu einer anderen als die in Ansehung ihres Gegenstandes ihnen ungleich näher stehenden Arrogationscomitien, erklärt sich nur, wenn die Beschlussfassung bei ihnen nicht etwa nur allmählig zur Formalität herabgesunken und schliesslich weggefallen, sondern von Anfang an ihnen gänzlich fremd gewesen ist. Wenn aber dem gegenüber etwa behauptet wird, dass die Testamentscomitien erst mit ihrem eigenen Abkommen aufgehört hätten beschlussfassende Versammlungen sein, so ist vielmehr für die Zeit der Republik ihre Eigenschaft als blose Zeugnissversammlungen eine sicher beglaubigte Thatsache.

1) In der besten Ueberlieferung, welche wir über die Beschaffenheit der verschiedenen Arten von Comitien überhaupt besitzen, in der auf juristische Auctoritäten sich stützenden

---

15) patr. u. pleb. Curien 1879 S. 21 ff.

Stelle des Gell. XV, 27; werden die Testamentscomitien bezeichnet als *populi contio*; sie konnten als solche nur bezeichnet werden, weil ihnen mit bloßen Contionen im Gegensatz zu anderen Comitien das Unterbleiben jeder Abstimmung gemein war. Ausdrücklich sind diese Comitien im Verhältniss zu den Inaugurationscomitien bezeichnet als *eadem comitia*. Dass aber damit nicht die Identität der concreten Versammlung gemeint ist, welche etwa einem Acte nur als Zeuge assistirt und über einen anderen abgestimmt hätte, dass vielmehr die Testaments- und Inaugurationscomitien bezeichnet sind als zwei Arten derselben Gattung, das würde, wenn es des Beweises bedürfte, dadurch dargethan, dass jene in regelmässiger Wiederkehr stattfanden, während die Abhaltung dieser von der zufälligen Existenz eines zu inaugurirenden neuen rex oder flamen abhing.

2) *Calata comitia*, so bezeugt kein Geringerer als Labeo, esse, quae pro conlegio pontificum habentur; den pontifices aber fehlt das *ius cum populo agendi* oder die Befugniss eine Abstimmung der Bürgerschaft zu leiten. Keine Instanz bildet gegen diesen aus dem Mangel eines pontificalen imperium fliessenden Satz das spätere Aufkommen pontificaler Quasi-Comitien zu Wahlzwecken; wenn aber ausserdem Mommsen die Arrogationscomitien von einem pontifex geleitet sein lässt, so nötigt dazu keineswegs die Ueberlieferung. Bezeugt ist uns nur, dass sie stattfanden *arbitris pontificibus*, was auf pontificale den Comitien vorangehende Cognition und nicht auf pontificale Abhaltung der Comitien selbst hinweist. Hätten die Arrogationscomitien unter pontificaler Leitung gestanden, so hätten sie nach Labeos Definition *calata comitia* sein müssen. Davon findet sich aber nicht nur keine Spur, sondern Gellius will offenbar Inaugurationen, *sacrorum detestatio* und Testamente als einzigen Gegenstand der Calatcomitien bezeichnen; waren es doch eben die verschiedenen Arten der Comitien, die ihn *ex professo* beschäftigten. Sollte nun auch die *sacrorum detestatio* ein mit der Arrogation zusammenhängender Vorgang gewesen sein, so würde ihre Nennung nur um so sicherer beweisen, dass die Arrogation selbst nicht in Calatcomitien erfolgte; denn dass diese keinesfalls mit der *sacrorum detestatio* identisch ist, ergibt aufs Deutlichste ihre

Acta demselben Gellius (V, 19) aufbewahrte der *sacra* überhaupt nicht gedenkende Formel.

3) Es ist eine schöne Entdeckung Mommsens<sup>16)</sup>, dass die Testamentscomitien vom *rex sacrorum* berufen waren, wie wenigstens mit grösster Wahrscheinlichkeit sich ergibt aus der Thatsache, dass einerseits jene zweimal im Jahre stattfanden und andererseits der *Calender* gerade zwei Tage als solche nennt, an welchen der *rex Comitien* abhält. Dem zu absoluter politischer Bedeutungslosigkeit verdamnten republicanischen Schattenkönig konnte aber am allerwenigsten die Leitung einer Abstimmung zustehen. Hat er aber realer Bedeutung von Anfang an entbehrt, und war zugleich, wie unmöglich anders angenommen werden kann, die Leitung der Testamentscomitien von Anfang an seine Sache, so folgt daraus, dass schon am Ende der Königszeit die Testamentscomitien eine Abstimmung nicht erfordert haben können.

4) Von den *Calatcomitien* berichtet Gellius, und zwar gleichfalls als *Labeos* Lehre: *Eorum autem alia esse curiata, alia centuriata*. Diese Worte nicht speciell auf die *calata comitia* zu beziehen hindert schon der folgende Satz, welcher gerade das *calare* als etwas bezeichnet, was bei *Curiat-* und *Centuriatcomitien* auf verschiedene Art erfolge. Möglich wäre es dagegen allerdings, dass damit nur die *Inaugurationscomitien* und nicht auch die erst nachher genannten Testamentscomitien als solche hätten bezeichnet werden wollen, welche theils nach *Curien* theils nach *Centurien* gehalten wurden. Dass aber gerade die Testamentscomitien auch als *centuriata* vorgekommen sind, muss mindestens jeder annehmen, der zur Zeit des Aufkommens der *Centuriatcomitien* die *Plebejer* von den *Curien* ausgeschlossen sein lässt. Wurde sodann das *testamentum* in *procinctu* errichtet vor dem zum Zwecke der Schlacht in *Reih* und *Glied*, also nach der *servianischen* Heeresverfassung nach *Classen* und *Centurien* aufgestellten Heere: warum sollte dann seine Errichtung nicht gleichfalls möglich gewesen sein vor dem *exercitus urbanus* der *comitia centuriata*? Wenn zweimal im Jahre und zwar

---

16) Röm. Staatsr. II. S. 36 Anmerk. 2. Dazu Huschke Röm. Jahr. S. 118 ff.

nicht etwa mit halbjährigem Intervalle, sondern in ziemlich rascher Aufeinanderfolge (am 24. März u. 24. Mai)<sup>17)</sup> Testamentscomitien abgehalten wurden, so erklärt sich dies am wahrscheinlichsten durch die Annahme, dass curiate und centuriate Testamentscomitien aufeinander folgten. Steht es aber fest, dass zum mindesten gegen Ende der Königszeit die Testamentscomitien blose Zeugnißversammlungen waren, so können sie jedenfalls als Centuriatcomitien, da diese erst mit dem Anfange der Republik ins Leben traten, nie beschlussfassende Versammlungen gewesen sein.

5) Das in procinctu errichtete Testament wird nie als comitiales bezeichnet, sondern stets dem in Comitien errichteten entgegengesetzt. Es spricht sich darin die Thatsache aus, dass nie das wirkliche Heer — schon wegen der ihm fehlenden centuriae seniorum — mit dem comitalen exercitus urbanus sich deckte<sup>18)</sup>. War aber das testamentum in procinctu kein comitiales, so kann es um so weniger ein Act der Gesetzgebung gewesen sein, kann also überhaupt zur Zeit seines Aufkommens das Testament nicht für einen solchen gegolten haben; denn an eine Privilegirung des Soldatentestamentes zu denken ist ein keiner Widerlegung bedürftiger Anachronismus<sup>19)</sup>. In der Geschichte des Comitialtestamentes unterscheiden wir nach dem Bisherigen drei Perioden.

1) Indem in der Königszeit die Testamentscomitien gleich allen anderen vom Haupte der Gemeinde berufen werden, ist

17) Dies sind die zwei Tage, an welchen der Calender ein comitiare des rex verzeichnet.

18) Dagegen sprechen natürlich nicht die uns mehrfach überlieferten Fälle vom Heere gefasster Beschlüsse, welche revolutionären Characters sind und in keiner Weise das Heer als verfassungsmässiges Organ der Legislation erweisen.

19) Zu näherem Eingehen auf das testamentum in procinctu fehlt es sowohl an Stoff als an Bedürfniss. Als wesentliche Punkte sind für dasselbe anzunehmen 1) der Ausschluss der Abstimmung 2) die Leitung durch den Feldherrn, ohne dessen Commando es keine classis procincta gibt und 3) die pontificale Mitwirkung; auch diese statuirt mit Recht Rubino S. 252. An eine Wesensverschiedenheit ist jedenfalls dem Comitientestamente gegenüber nicht zu denken.

es dieses von dessen freiem Willen die Zulassung des einzelnen Testamentes abhängt; eine Prüfung des Falles durch die pontifices findet auch jetzt schon statt, ist aber nicht von formell entscheidender Bedeutung, sondern bereitet nur die freie Entscheidung des Königs vor.

2) Mit dem Uebergang zur Republik wurde das Testament vom Einflusse der politischen Behörde emancipirt, wodurch die Cognition der pontifices formell massgebend wurde. In der Thatsache, dass nun die Abhaltung der Testamentscomitien dem rex sacrorum zufiel, kam das Doppelte zum Ausdrucke, dass sie einerseits zu den königlichen Reservatrechten gehörte und andererseits jetzt zur bloßen Formalität herabsank. Indem das Zustandekommen des Testamentes zwar nicht mehr von der königlichen Zustimmung, um so unbedingter dagegen vom Befinden der pontifices abhing, war der individuelle Wille thatsächlich schwerlich freier geworden; grundsätzlich war er es aber doch, da die Ertheilung oder Versagung der Genehmigung den pontifices nicht kraft souveräner Gewalt zustand, sondern das Resultat einer objectiven von den pontifices als Sachverständigen angestellten Prüfung sein sollte. Aus der ersten Zeit der Republik datirt, was die Unterscheidung verschiedener Arten von Comitien betrifft, der Begriff der calata comitia als solcher, deren Leitung der geistlichen nun von der weltlichen getrennten Obrigkeit zusteht, sowie die Existenz centuriater neben den curiaten Testamentscomitien. Hatte die Verschiedenheit der Comitien nach Curien und Centurien ihre vorwiegende Bedeutung in der Eigenschaft dieser Abtheilungen als Stimmkörper, so mögen für solche Acte, welche zwar den gegliederten Zusammentritt des populus, aber keine Abstimmung erforderten, beide Gliederungen einander gleichgestanden haben. Es besteht daher kein Grund wegen der ausschliesslich nach Curien zusammentretenden Arrogationscomitien die Existenz centuriater Testamentscomitien in Abrede zu stellen. Der Annahme einer in Sachen der bloßen Assistenz identischen, wenn gleich für Gegenstände der Abstimmung verschiedenen Competenz der Curien und Centurien entspricht die Analogie der trotz der prätorischen Specialcompetenz in Sachen der Civilrechtspflege dem Consul zustehenden voluntaria iuris dictio.



3) Den letzten Wendepunkt in der Entwicklung des Comitialtestamentes bildete der Wegfall der pontificalen Cognition, und dasselbe gilt von dem jenem gleichartigen testamentum in procinctu, dessen Form an sich jene Cognition nicht ausschloss. Hätte freilich die Bedeutung der pontifices für das Comitialtestament auf der pontificalen Abhaltung der Testamentscomitien beruht, so hätte ihnen unmöglich die gleiche Bedeutung für das testamentum in procinctu zukommen können; denn die Aufstellung des in die Schlacht ausrückenden Heeres kann unmöglich von einem anderen als dem Feldherrn geleitet worden sein. War aber die Abhaltung der Testamentscomitien selbst eine bloße Form, so war es ein bloßer Formunterschied, ob testirt wurde vor den vom rex sacrorum berufenen Comitien oder vor dem unter seinem Feldherrn aufgestellten Heere; die vorhergehende pontificale Cognition konnte im einen und im anderen Falle dieselbe sein. Weggefallen aber ist sie spätestens durch die zwölf Tafeln. Haben sie verordnet: *uti legassit . . . ita ius esto*, so ist damit keine Beschränkung des letzten Willens sicherer vermeint als das Erforderniss fremder Zustimmung. Bezog sich aber jener Satz wol unmittelbar nur auf letztwillige Specialverfügungen, so setzt er um so mehr die Unabhängigkeit derjenigen Verfügung von fremder Zustimmung voraus, ohne welche keine letztwillige Specialverfügung möglich ist.

War aber von nun an das Testament durchaus ein Act des individuellen Willens, so ist doch der letzte Wille über die Schranken sonstiger privater Verfügung mehrfach hinausgehoben. Dass ihm innerhalb seines Bereiches die Kraft des allgemeinen Willens zukommt ist nichts dem letzten Willen specifisch Eigenes, gilt vielmehr von jedem rechtserzeugenden Acte des Privatwillens. Dass aber der Testator seine durch seinen Tod gewaltfrei werdenden Angehörigen durch Enterbung expropriiren, dass er ihnen als Unmündigen Vormünder und Erben ernennen, dass er seinen Gläubigern anstatt der Haftung seiner persönlichen oder sachlichen Hinterlassenschaft andere Schuldner aufzuroiren, dass er seinen Erben Verpflichtungen gegen dritte Personen auferlegen und dass er über Bestandtheile seines Nachlasses verfügen kann durch unmittelbare keinen Erwerbsact des anderen erfordernde Zu-

wendung, und nicht etwa nur für den Augenblick seines Todes, welcher der letzte seines eigenen Habens ist: das sind Dinge, durch welche die Macht der letztwilligen Verfügung weit hinansreicht über die jedes anderen Privatactes und in welchen ihr Ursprung aus einem Acte des königlichen Willens fort und fort nachwirkt. So gilt vom Willen des verstorbenen Römers dasselbe, was bezüglich der Bestattung seiner Leiche Mommsen<sup>20)</sup> uns so meisterhaft geschildert hat, dass die Geltung des einzelnen Bürgers erst mit seinem Tode zu ihrer höchsten Entfaltung gelangt.

Im Bisherigen war stillschweigend vorausgesetzt, dass das von den zwölf Tafeln sanctionirte Testament kein anderes gewesen sei als das *calatis comitiis* und in *procinctu* errichtete; dass dem wirklich so gewesen, wird hoffentlich die folgende Betrachtung über das *testamentum per aes et libram* ergeben.

---

20) R. G. I 871 ff.

### III. Das testamentum per aes et libram.

Aus dem Berichte des Gaius (II 102 ff) über das testamentum per aes et libram ergibt sich als Motiv seines Aufkommens das Bedürfniss derjenigen, welche durch das plötzliche Herannahen des Todes überrascht die bisher versäumte Errichtung eines Testamentes vor versammelter Gemeinde nicht mehr vornehmen konnten. Der Zweck des Mancipationstestamentes war sonach der, jenen nicht mehr möglichen publicistischen Act thunlichst zu ersetzen durch einen Privatact, welcher mithin als bloßer Nothbehelf, als bloßes Surrogat des eigentlichen Testaments erscheint. Als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes diente nicht die Schaffung einer neuen, sondern die Anwendung einer bestehenden Rechtsform, der Mancipation; indem aber dieses Mittel nicht etwa durch das Recht selbst, sondern durch Privatwillkür in den Dienst jenes besonderen Zweckes gestellt war, ist die Frage, in wieweit derselbe durch seine Anwendung sich realisiren liess, lediglich zu beantworten aus der rechtlichen Beschaffenheit der mancipatio sowie der familia als des besonderen Objectes der testamentarischen Mancipation.

Die angegebenen quellenmässig bezeugten Momente gestatten eine Reihe von Schlüssen über das Verhältniss der Neuerung zum Comitialtestamente. Zum Bedürfniss wurde sie nach Gaius durch die Unmöglichkeit die nächsten Testamentscomitien abzuwarten; so kurz daher auch Gaius diese abfertigt, so versäumt er doch nicht ihre Abhaltung zu bestimmten sparsam wiederkehrenden Zeiten hervorzuheben.<sup>1)</sup>

---

1) Von nicht bloss zeitlich beschränkter Anwendbarkeit war das testamentum in procinctu als ein nur dem Krieger, mithin gerade nicht den der Testamentserrichtung vorzugsweise bedürftigen seniores zugängliches.

Hätte in calatis comitiis die Gemeinde abgestimmt, so wäre der principale Gegensatz zwischen dem öffentlichen und dem privaten Testamente ein ganz anderer gewesen, der des allgemeinen und des Einzelwillens; das testamentum per aes et libram hätte wesentlich die Bedeutung einer in fraudem legis vorgenommenen Umgehung der dem Volke zustehenden Cognition gehabt. Unglaublich ist es, dass die Gemeinde eine solche Umgehung sich ohne weiteres hätte gefallen lassen; die Erinnerung eines um die Geltung des Einzelwillens entbrannten Kampfes aber hätte nur erlöschen können in einer Zeit, welcher überhaupt das noch in der Kaiserzeit lebendige Bewusstsein eines dem privaten vorangegangenen und nur allmählich seiner Concurrenz erlegenen Testamentes vor versammelter Gemeinde entschwunden wäre. Dagegen nötigt das testamentum per aes et libram nicht zu dem Schlusse, dass zur Zeit seines Aufkommens das Testiren überhaupt als reiner Act der individuellen Autonomie gegolten habe. Die beim testamentum per aes et libram nicht vorkommende Cognition der pontifices kann vielmehr sehr wol erforderlich gewesen sein wegen solcher Dinge, welche durch das testamentum per aes et libram nicht berührt wurden.

Wie aber unsere Quellen nichts davon wissen, dass der Zweck des testamentum per aes et libram die Befreiung des Einzelnen von der Bevormundung durch die Gemeinde gewesen wäre, so wissen sie auch nichts davon, dass es eine über die des Comitaltestamentes hinausgehende Wirkung bezweckt hätte. Wenn Kuntze <sup>2)</sup> annimmt, dass die Ernennung eines Universalsuccessors dem letzteren fremd gewesen und erst durch die familiae mancipatio aufgekommen sei, so möchte in Wirklichkeit die Wirkung dieser eher hinter der des öffentlichen Testamentes zurückgeblieben sein. Gerade die dem Testamente specifisch eigene heredis institutio kann nicht in derjenigen Testamentsform gewurzelt haben, welche lediglich als Anwendung einer allgemeinen Veräusserungsform erscheint; kennt doch auch Gaius beim testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Gestalt keinen heres, sondern nur

---

2) Cursus des R.R. §. 817. Exc. 2. Aufl. S. 611. ff. Ueber heredis institutio ex re certa (Progr.) S. 18. ff.

einen solchen, der heredis loco ist. War die familiae Mancipatio ein bloßes Surrogat des eigentlichen Testamentes, so konnte sie auch keine echte Beerbung erzeugen, sondern nur ein Analogon derselben, welches insoweit jener gleichkam, als ihre Wirkung dem Privatact der Mancipation erreichbar war.

Verkennt Kuntze, dass in Ansehung der intendirten Wirkung das testamentum per aes et libram dem öffentlichen Testamente nachgebildet ist, so verkennt Köppen,<sup>3)</sup> dass es diesem nicht nachgebildet ist bezüglich seiner Form. Ihm ist das private Testament eine auf gesetzlicher Zulassung beruhende Nachbildung des publicistischen, „eine getreue Copie des alten Comitialtestamentes“ (Erbr. S. 57). Der Erklärung Köppens gegenüber, es lasse sich dies „durch Quellenzeugnisse fast bis zur Gewissheit nachweisen“, sei nur die Frage gestattet: wo bleibt bei der familiae Mancipatio der sacrale Charakter des Comitialtestamentes und wo bei diesem die jener wesentliche Eigenschaft eines per aes et libram gestum? Mit Eigenthumsveräußerung und Schuldbegründung die Grundform des privaten Rechtsverkehres theilend, soll die familiae Mancipatio doch nicht eine Anwendung dieser Grundform, sondern eine Nachbildung einer ganz anderen in ihrer angeblichen Copie gar nicht mehr zu erkennenden Form sein! Wenn Manchen jedes per aes et libram gestum als quasi comitialer Act gilt wegen der 5 als Vertreter der Censusschlassen auf gefassten Zeugen, so ist diese Erklärung einer vom Decimalsysteme aus so nahe liegenden Zahl nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich angesichts der Thatsache, dass nicht die Classen, sondern die Centurien die Stimmkörper der servianischen Verfassung sind.

Vermochte aber das testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Bedeutung als Anwendungsfall der Mancipatio rechtliche Wirkungen nur zu äussern innerhalb der durch den Begriff der Mancipatio gezogenen Grenzen, so ist damit nicht gesagt, dass es jede Wirkung erzeugt hätte, die durch Mancipatio begründet werden konnte. Ausgeschlossen war vielmehr schon durch die besondere Beschaffenheit des Mancipirten Objectes die obligatorische Wirkung der

3) Syst. des Erbr. S. 55.

**Mancipation.** War jenes die familia oder der Nachlass des Mancipanten, so konnte von einer die actio auctoritatis begründenden Verpflichtung desselben keine Rede sein, da nicht nur die Veräußerung als eine erst mit dem Tode des Veräußerers sich vollziehende jede Gewährleistung desselben ausschloss, sondern auch der Uebergang der familia als solcher auf den Erwerber durch keine Eviction eines fälschlich zu ihr gerechneten Stückes alterirt wurde. Undenkbar wäre es dagegen nicht, dass ursprünglich die familiae mancipatio den Sinn eines ernsthaften Verkaufes, wenn auch ohne die sonst den Verkäufer treffende Verantwortlichkeit, gehabt, dass also der Testator für die Abtretung seines Nachlasses ein Aequivalent bekommen hätte.<sup>4)</sup> Dass aber römischer Sinnesart ein solches Verhandeln des Nachlasses entsprochen hätte, wird niemand glauben und ausserdem spricht gegen die Annahme eines ernstlichen Verkaufes sowol der Zweck der familiae mancipatio das Comitaltestament möglichst zu ersetzen als die Veranlassung seines Aufkommens; lag diese in der keine Aufschiebung der Testamentserrichtung duldenden Nähe des Todes, so war dadurch jedes Interesse des Testators an der Zahlung eines Kaufpreises durch den familiae emptor ausgeschlossen.

Daraus folgt jedoch keineswegs, dass das testamentum per aes et libram erst in einer die Mancipation schon als imaginaria venditio kennenden Zeit entstanden sei. Dass der Testator seine familia nicht um des erhaltenen Aequivalentes willen mancipirte, schliesst nicht aus, dass rechtlich ihr Uebergang auf den Erwerber bedingt war durch Zahlung eines Aequivalentes, dessen lediglich formelle Bedeutung jedoch zur Erscheinung kam durch die jeden wirklichen Wert desselben ausschliessende Geringfügigkeit seines Betrages.

War so die familiae mancipatio ein Fall des Verkaufes, dessen effective Bedeutung in der Veräußerung des mancipirten Objectes aufging, so ist es die Besonderheit dieses Objectes, welche die besonderen positiven Wirkungen dieser be-

---

4) Geradezu unmöglich wäre dies nur unter Voraussetzung der (s. u.) unstatthaften Annahme, dass den Gegenstand der Veräußerung das gegenwärtige Vermögen gebildet hätte, indem ja dann mit ihm der Preis, um den es erworben wäre, an den Käufer zurückfiel.

stimmten Mancipation begründet. Kein Zweifel kann daran bestehen, dass wir es in der That mit einem besonderen Mancipationssubjecte zu thun haben. Dass nicht etwa die familiae mancipatio eine Veräusserung aller einzelnen dem Mancipanten gehörigen res mancipi war, dass sie vielmehr auch die für sich der Mancipation entzogenen Vermögensstücke in sich begriff, zeigt schon in der Formel der mancipatio die Bezeichnung ihres Gegenstandes als familia pecuniaque. Tritt uns aber nirgends die familia als eine eigene res mancipi entgegen, so kann es nur die Anwendung der Mancipation auf die Person selbst gewesen sein, was ihre Anwendung auf die familia vermittelte.<sup>5)</sup> Wie der pater familias Herr nicht nur über Sachen, sondern auch über Personen und wie er nicht nur Herr über die Seinigen, sondern vor allem sein eigener Herr ist, so ist auch die Mancipation eine Verfügung theils über die im Eigenthum des Mancipanten befindlichen Sachen, theils über die in seiner Gewalt befindlichen Personen, theils endlich über seine eigene Person. Ist aber keine Veräusserung denkbar ohne Verschiedenheit ihres Subjectes und ihres Objectes, so ist die lebende Person kein möglicher Gegenstand einer von ihr selbst ausgehenden Mancipation<sup>6)</sup> und daher auch nicht ihre familia als solche, die von ihrem Subjecte sich nicht trennen lässt. Bei Lebzeiten des pater familias eine Erweiterung seines eigenen persönlichen Daseins, wird die familia durch seinen Tod ein Ueberbleibsel seines Daseins und als solches ein möglicher Gegenstand der Verfügung. Ist die Mancipation der Sache wie des Hauskindes ein alienatio, eine Entfremdung aus der familia, so wird durch Mancipation des Nachlasses seine Eigenschaft als familia des Mancipanten nicht sowol aufgehoben als vielmehr, soweit dies überhaupt noch möglich ist, aufrecht erhalten; wird er als solcher einem anderen übertragen, so hört er ja auch ohne

---

5) So namentlich schon Huschke (Studien S. 233 n. 59) und Böcking. (Pand. des römischen PR. 2. Aufl. S. 162 n. 6., S. 256 n. 15.)

6) Dagegen lässt sich weder Niebuhrs unhaltbare Auffassung des nexum noch die sich jeder sicheren Bestimmung entziehende Natur der coemptio anführen.

diese Uebertragung auf actuelle familia des Verstorbenen zu sein, wird aber durch sie Bestandtheil einer fremden familia nicht trotz sondern kraft seiner Eigenschaft als bisherige familia des Verstorbenen.

Geht also die Erbfolge aus von der Fortpflanzung der eigenen familia des Verstorbenen durch die sui heredes, so findet hier ein transitus in alienam familiam statt; sehen viele im ältesten Testamente eine Adoption des Erben durch den Testator, so greift hier eher die umgekehrte Analogie Platz, indem die familia des Verstorbenen in der des Erwerbers aufgeht. Während aber die Person durch Uebertritt in eine fremde familia ihre bisherige Existenz verliert und eine capitis deminutio erleidet, so ist es hier der Uebergang der mancipirten familia in die des Erwerbers, wodurch ihre gänzliche Auflösung vermieden wird.

Ist aber die eigene familia Gegenstand der Mancipation nur als eine durch den Tod von der Person des Mancipanten sich ablösende, so ist sie es eben so sehr nur als eine mit seiner Person bis zum Tode verbundene; diese Verbindung ist es, welche kraft der getroffenen Disposition noch im Momente ihrer Auflösung sich wirksam erweist. Mit Unrecht wollen Manche darin einen inneren Widerspruch erblicken. Ist doch der Moment des Todes, indem er die Verbindung der familia mit der Person aufhebt, eben so sehr der Schlusspunkt ihrer Existenz als der Anfangspunkt ihrer vollendeten Auflösung; die familiae mancipatio würde ebenso sehr des Objectes entbehren, wenn die familia nicht bis zum Tode mit der Person des Mancipanten verbunden, wie wenn nicht von da an diese bis dahin unauflösliche Verbindung aufgehoben wäre.

Die so mancipirte familia ist, wie Gaius hervorzuheben nicht verfehlt, identisch mit dem patrimonium. Umfasst aber die vom Verstorbenen hinterlassene familia nicht nur sein sächliches Vermögen, sondern auch seine persönlichen Angehörigen, so erhebt sich die Frage, ob durch familiae mancipatio jenes diesen entfremdet werden konnte. Ohne Zweifel ist aber diese Frage zu verneinen. Object der familiae mancipatio ist die familia als eine durch den Tod ihres Hauptes verwaiste; sind aber die Hinterbliebenen des Verstorbenen die geborenen Eigenthümer seines Nachlasses, so ist seine Ueber-



tragung an Dritte nur möglich in Verbindung mit seiner Ablösung von ihrer Person, von der nicht abzusehen ist wie sie durch Mancipation hätte bewirkt werden können. Noch weniger aber konnten durch solche Mancipation die Schulden des Verstorbenen den Seinigen abgenommen werden. Ueber sie vermochte die *familiae mancipatio* überhaupt nicht zu verfügen. Ist doch jede Mancipation ein Act der Ueberlassung von der einen, der Aneignung von der andern Seite; weder kann der Schuldner willkürlich durch Privatact über seine Schulden verfügen noch kann ein reiner Erwerbsact, als welcher jede Mancipation für den emtor sich darstellt, eine Schuldübernahme enthalten. Im Begriffe der *familia* als des Objectes der Mancipation sind ohnedies die Schulden nicht enthalten. Ausdrücklich hebt Gaius hervor, dass Object der *mancipatio* die *familia* im Sinne des *patrimonium* gewesen sei; dass aber zu diesem die Schulden nicht gehörten, ist ausser Frage. Mancipirt wird nach dem Wortlaute der Formel *familia pecuniaque* des Mancipanten, Schulden aber sind *aes alienum*, sind eine *pecunia* nicht des Schuldners sondern des Gläubigers; die *familia* umfasst also zwar die Forderungen aber nicht die Schulden, wie auch jene aber nicht diese als Subject einen *pater familias* erfordern.

Sind aber die Schulden nicht Bestandtheile der *familia*, so könnte doch der Uebergang dieser auf den *familiae* emtor den Uebergang jener als *condicio sine qua non* involviren, wie ja dasselbe gilt vom Agnaten, welchen die zwölf Tafeln mit den Worten beriefen: *familiam habeto*, und von demjenigen, welchem jener die Erbschaft durch den Veräusserungsact der in *iure cessio* übertragen hat. Bei der *familiae mancipatio* ist aber der gleiche Effect ausgeschlossen durch die Unmöglichkeit, dass der *familiae* emtor durch ein Privatrechtsgeschäft mit dem Testator sich Dritten gegenüber verpflichte, sowie durch die fernere Unmöglichkeit durch Privatrechtsgeschäft den Gläubigern den in Ermangelung eines heres ihnen haftenden Nachlass zu entziehen. Indem das Gesetz dem *proximus agnatus* die *familia* überweist, überweist es zugleich dem Gläubiger als Object seiner Macht anstatt der *familia* ihr neues Subject. Ein Gleiches lag dagegen nicht in der Macht des Einzelnen, der durch Mancipation über das

Seinige nur insoweit verfügen konnte als es nicht ein Object fremder Macht war. Object der Mancipation ist daher der Nachlass nur als ein solcher, welcher nicht durch den Tod des Mancipanten dritten Personen anheimfällt 7).

Ist aber der unmittelbare Angriff des Gläubigers auf das Vermögen des Schuldners dadurch bedingt, dass dieser indefensus ist, so ergibt sich daraus für den familiae emtor die Alternative des persönlichen Einstehens für die Schulden des Mancipanten oder der Preisgebung des Nachlasses an die Gläubiger. Universalsuccessor des Verstorbenen ist also der familiae emtor nicht in derselben Weise wie der heres, wol aber genau in derselben Weise wie derjenige, in dessen Gewalt ein homo sui iuris sich ergibt; in unserem Falle wie in dem der arrogatio oder in manum conventio geht die familia ohne die Schulden über, jedoch als eine solche, welche nur durch persönliches Einstehen für diese der Beschlagnahme der Gläubiger entzogen wird.

So war der familiae emtor zwar nicht heres, aber heredis

---

7) Noch liesse sich die Frage aufwerfen, ob solche dritte den Uebergang des Nachlasses auf den familiae emtor ausschliessende Personen nicht auch die Agnaten und Gentilen waren. Doch ist diese Frage unbedenklich zu verneinen. Dass per aes et libram nur testirt, wer nicht schon auf andere Weise testirt hatte, sagt Gaius ausdrücklich; dass der suus heres, dessen Ausschluss von der Erbfolge nur durch ausdrückliche exhereditatio möglich war, nicht durch familiae mancipatio verdrängt werden konnte, mochte sich von selbst verstehen. Dass dagegen die familiae mancipatio ausgeschlossen gewesen wäre durch die Existenz von Agnaten und Gentilen, darf in Ermangelung jeder darauf zielenden Andeutung um so weniger angenommen werden, da dadurch das Anwendungsgebiet des testamentum per aes et libram ein verschwindend kleines geworden wäre; ein so kleines, dass sich die Ausbildung einer besonderen Testamentsform für die vereinzelter ihre Anwendung zulassenden Fälle überhaupt nicht begreifen liesse. Es ergibt sich aber daraus eine Bestätigung der Annahme, dass einerseits die Erbfolge der Agnaten und Gentilen eine Schöpfung der zwölf Tafeln ist und dass andererseits das Aufkommen des testamentum per aes et libram den zwölf Tafeln voranging; hätte zur Zeit seiner Entstehung jene Erbfolge schon existirt, so wäre ihre Ausschliessung durch einen aus dem Bedürfniss des Verkehrs spontan sich entwickelnden auf keine gesetzliche Sanction sich stützenden Privatact undenkbar.

loco; die Stelle des Erben sollte er soweit möglich vertreten; neben einem wirklichen Erben war dagegen für ihn kein Platz; war ein solcher durch Natur oder Rechtsact vorhanden, so war die familia nicht mehr eine mit dem Tode ihres Subjectes frei werdende und seiner privaten Verfügung unterliegende. Die Verfügung über das sachliche Residuum der eigenen Existenz als einer mit dem Tod erlöschenden wurde also nicht nur aufgehoben durch die nachfolgende testamentarische Ernennung eines heres oder Fortsetzers dieser Existenz, sondern vermochte ebenso wenig einem vorher errichteten Comitialtestamente gegenüber irgend welche Bedeutung zu haben. Wurde aber durch nachfolgendes eigentliches Testament die familiae mancipatio gegenstandslos, so konnte sie dagegen nicht ausser Kraft gesetzt werden durch abermalige mancipatio, für welche vielmehr nach einmal getroffener Verfügung keinerlei Raum mehr verblieb.<sup>8)</sup>

Mit dem Berichte des Gaius befinden sich die bisherigen Ausführungen in voller Uebereinstimmung. Gaius betrachtet ausdrücklich die familiae mancipatio als Nothbehelf; er lässt zu ihr nur denjenigen greifen, qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, und er lässt den familiae emtor heredis locum optinere; in dieser letzten Bezeichnung liegt allerdings keine unmittelbare Hinweisung darauf, dass die Stellung des familiae emtor der des Erben nur analog und nicht schlechthin gleich gewesen, wol aber deutet dieselbe an, dass der Name des Erben dem familiae emtor nicht zukam, doch wol in Verbindung damit, dass in ihm der Begriff des Erben sich nicht voll verwirklichte.

Mit der familiae mancipatio war nun aber das testamentum per aes et libram nicht zu Ende; jener mancipatio folgte eine rogatio, welche bekundete, quid cuique post mortem suam dari vellet.

Wie die familiae mancipatio als Surrogat der Erbeinsetzung, so erscheint jene ihr sich anschliessende Erklärung als Surrogat der testamentarischen Specialverfügungen. Unmittelbare Ver-

---

8) Ebenso wenig konnte durch remancipatio eine abermalige mancipatio vermittelt werden, da die familia als Nachlass des pater familias unmöglich von einem andern als ihm mancipirt werden konnte.

fügungen über einzelne Stücke des Nachlasses konnte aber diese nuncupatio ursprünglich nicht enthalten; nicht nur spricht Gaius ausschliesslich von Aufträgen an den familiae emtor, sondern es wäre auch ein absoluter Widerspruch auf Grund der Veräusserung des Nachlasses an den familiae emtor einzelne Stücke desselben abermals an dritte Personen zu veräussern. Sind es hienach lediglich Anweisungen an den familiae emtor, welche mit der familiae mancipatio sich verbinden, so fehlt es doch ebenso an jedem Rechtsgrunde, kraft dessen aus solchen Anweisungen sich rechtliche Verbindlichkeiten ableiten liessen. Keiner Widerlegung bedarf heutzutage mehr der Gedanke, dass durch eine Mancipation jede beliebige mit ihr verbundene Verpflichtungserklärung rechtliche Geltung erlangt hätte. Dass jene Anweisung an den familiae emtor sich nicht als pactum fiduciae ansehen lässt, bedarf gleichfalls keiner Ausführung. Ebensowenig aber lässt sie sich als Fall des Nexum auffassen, da Mancipation und Nexum unmöglich in der dabei vorausgesetzten Art sich mit einander verbinden liessen; kann doch per aes et libram nur der Empfänger und nicht, wie hier der Fall wäre, der Zahler des aes verpflichtet werden.

So bleibt uns keine Annahme übrig als die auch durch den Wortlaut des Gaius nahe gelegte, dass die auf die familiae mancipatio folgende Erklärung eine rechtliche Verpflichtung ursprünglich nicht erzeugte. Jene Erklärung ist nach Gaius ein Act des Mandirens, könnte also Verpflichtungen höchstens gegen den Mandanten erzeugen, dem gegenüber jede rechtliche Haftung durch seinen Tod wegfällt. Wie von mandare, so spricht Gaius von rogare und bezeichnet damit augenscheinlich den in Rede stehenden Act als eine blosser Bitte oder als ein fideicommissum.

Freilich erklärt neuerdings Bechmann<sup>9)</sup> diese Auffassung für „ganz unmöglich“ und zwar „schon deshalb, weil das ganze Geschäft den Namen Testament führt.“ Ist aber Hauptstück des Testamentes die heredis institutio und ist der familiae emtor heredis loco, so ist dadurch jene Bezeichnung, die ja übrigens nicht auf das erste Entwicklungsstadium des testa-

---

9) Kauf I. S. 298.

mentum per aes et libram zurückzureichen braucht, hinreichend gerechtfertigt. Wenn die classischen Juristen der familiae mancipatio die testamenti nuncupatio entgegensetzen, so zeigt doch schon die Bezeichnung des Testamentes als testamentum per aes et libram, dass das per aes et libram gestum der familiae mancipatio es ist, auf welchem ursprünglich seine rechtliche Bedeutung und die Aehnlichkeit seines Inhaltes mit dem des Comitialtestamentes beruht. Wenn aber ferner Bechmann es für unglaublich erklärt, „dass der Testator in solcher Weise auf die Gewissenhaftigkeit des nächsten besten Freundes, der in dem letzten Augenblick aufzutreiben war, angewiesen sein sollte, während doch die Rechtsordnung ein vollkommen bindendes und wirksames Rechtsgeschäft, das Legat kannte.“: so ist es ja nach dem durchaus glaublichen Berichte des Gaius gerade die Unzugänglichkeit dieses vollwirksamen Rechtsgeschäftes, durch welche der Testator auf jenen Notbehelf angewiesen war. Bechmann selbst erinnert bei einem anderen Anlasse daran, dass „noch im späteren Recht der Bürger das Schicksal seines ganzen Vermögens . . . der rechtlich unerzwingbaren fides des Erben anvertraute — und zwar unter Umständen, wo sogar der Schutz der Publicität fehlte“ (S. 288); er erklärt diesen Schutz für einen ohne Zweifel lange Zeit ausreichenden beim pactum fiduciae; warum nicht auch hier, wo allerdings der Treubruch nicht mehr durch den Verletzten selbst geahndet werden konnte, aber als Kränkung seiner Manen um so stärkere religiöse Bedenken gegen sich hatte? Als der Nächste Beste, der gerade aufzutreiben war, lässt sich aber der familiae emtor schon darum nicht charakterisiren, weil der Testator ja eine Mehrzahl von Bürgern zuziehen musste und sich wenigstens von diesen den Zuverlässigsten als familiae emtor auswählen konnte.

Lässt sich aber so die ursprüngliche Gestalt des testamentum per aes et libram in ihren Grundzügen ziemlich sicher reconstruiren und ist uns andererseits hinreichend bezeugt, dass in classischer Zeit die familiae mancipatio um jede reale Bedeutung gekommen und nur noch eine Formalität war, deren Vollziehung die rechtliche Geltung des in keiner Weise mehr durch sie zum Ausdrucke gelangenden letzten Willens bedingte: so sind wir dagegen ohne jede Nachricht darüber,

wann und wie dieser Umschwung sich vollzogen hat. Ohne weiteres dürfen wir freilich annehmen, dass derselbe nicht mit einem Male eingetreten ist. Erfolgt rechtswirksame Dispositionen zuerst nur durch die *mancipatio* und zuletzt ausschliesslich durch die *nuncupatio*, so fordern diese Endpunkte fast notwendig ein Uebergangstadium, während dessen zwar noch die *mancipatio*, aber auch schon die *nuncupatio* rechtliche Wirkungen äusserte. Sobald der Inhalt der *nuncupatio* rechtliche Geltung erlangte, musste der der *mancipatio* an rechtlicher Wirkung einbüssen, indem er diese nur noch in soweit zu erzeugen vermochte, als nicht die *nuncupatio* eine andere Wirkung begründete. Wurde aber so der Inhalt der *mancipatio* durch den der *nuncupatio* beschränkt, so wurde er schliesslich durch diesen absorbiert. Die *nuncupatio* also ist es, deren Erwachen zu immer umfassenderer rechtlicher Geltung die *mancipatio* zuerst im Umfange ihrer Wirkung beschränkt und schliesslich alles Inhaltes entleert hat. Ein unzweideutiges Zeugnis dieser Entwicklung bieten die uns überlieferten Formeln beider Acte, deren Wortlaut ebenso wenig dem letzten als dem ersten Stadium des *testamentum per aes et libram* entspricht und daher als Residuum einer zwischen beiden gelegenen Entwicklungsstufe sich darstellt.

Die ausschliesslich durch Gaius uns überlieferte Formel der *familiae mancipatio* lautet in der Veroneser Handschrift:

*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tuam custodelaque mea quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere et ut quidam adiciunt aeneaque libra esto mihi emta.*

Unbedenklich dürfen wir hier zunächst das Wort *tuam* hinter *mandatela* als auf Nachlässigkeit des Abschreibers beruhende Wiederholung streichen; es in *tutela* umzuwandeln liegt um so weniger Grund vor, da es an jedem Beispiele fehlt, in welchem anstatt der Person *familia pecuniaque* als Object einer *tutela* erschiene.

Was diese Formel von der gewöhnlichen *Mancipationsformel* unterscheidet, ist vor allem das Fehlen der die vollzogene Aneignung constatirenden Worte. Gäbe es hierfür keine sachlichen Gründe, so dürften wir ohne weiteres vermuten, dass diese Worte durch Flüchtigkeit des Abschreibers aus-

gefallen wären, da nicht nur ähnliche Fehler unserer Handschrift massenhaft eigen sind, sondern auch der handschriftliche Accusativ: *familiam pecuniamque* ein *esse aio* oder dergleichen fordert. Keinesfalls aber kann der Erwerber von der veräußerten familia gesagt haben: *ex iure Quiritium meam esse aio*. Mit Recht sagt Rudorff (zu Puchta Inst. §. 306 not. g): „unmöglich kann der Käufer die familia in einem Athem als die des Verkäufers anerkennen und sie doch für sich vindiciren.“ Das entscheidende Moment hiefür ist aber das, dass durch die *familiae mancipatio* nicht ein gegenwärtiger Erwerb sich vollzieht; allerdings wird zwar ursprünglich die familia des Mancipanten als solche mit der des Erwerbers vereinigt, sie kann aber dieses Schicksal nur haben als eine vom Mancipanten hinterlassene. Steht aber auf diesem Standpunkte auch noch unsere Formel oder hat sie ihn nicht vielmehr verlassen durch Bezeichnung der familia als eines bloßen Gegenstandes der Mandatel und Custodel? Eine bloß factische Obhut über den Nachlass kann aber damit nicht gemeint sein; sie ist ausgeschlossen sowol durch die Rechtsform der *mancipatio* als durch die als Zweck dieser bezeichnete Testamentserrichtung. Dass aber die familia bezeichnet wird als erkauft in die Mandatel und Custodel des Käufers und dass dieser Kauf ausdrücklich sich darstellt als ein nicht um seiner selbst, sondern um eines anderweitigen Zweckes willen vorgenommener; das sind nicht etwa zwei verschiedene selbständig neben einander stehende Momente: gerade darum vielmehr, weil die *familiae mancipatio* wesentlich vorgenommen wird, um dem Mancipanten das Testiren zu ermöglichen, bekommt der emptor die familia nur in seine Mandatel und Custodel d. h. er bekommt sie, wenngleich zu eigenem Rechte, so doch nicht in seinem eigenen Interesse nach Analogie des fiduciarischen Depositars, von dem er freilich sich wesentlich dadurch unterscheidet, dass ihm gegenüber kein Widerruf der einmal vollzogenen Anvertrauung und keine *actio fiduciae* möglich ist.

So lässt die Formel die *familiae mancipatio* zwar noch nicht als blosse Ceremonie, wol aber als Mittel zu einem durch sie ermöglichten Zweck erscheinen. Als dieser Zweck aber ergibt sich die Anordnung von Legaten aus den Worten der nun folgenden *nuncupatio*: *ita do ita lego ita testor*.

Denn sollte auch nach ursprünglichem Sprachgebrauche jede letztwillige Verfügung unter den Begriff des legare gefallen sein, so kann doch in keiner Weise der Begriff des dare auf die heredis institutio angewendet werden, kann es also, so lange Form und Sache sich deckte, keine Erbeinsetzung gewesen sein, welche mittelst jener Formel angeordnet wurde. Nach dem Wortlaute der überlieferten Formel ist es also noch die familiae mancipatio, welche über den Nachlass als solchen verfügt, jedoch vorbehaltlich der darauf folgenden über einzelne Nachlassstücke anderweitig verfügenden nuncupatio.

Fragen wir uns aber, wie dieser durch den Text der Formeln bezeugte Rechtszustand aus dem ursprünglichen hervorgegangen sein mag, so weist uns sowol die Mancipationsformel mit den Worten: quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, als auch die Nuncupationsformel (verb: ita lego) auf das Gesetz der 12 Tafeln und zwar auf dessen Gewährleistung der testamentarischen Verfügungen hin. Beansprucht aber die testamenti nuncupatio auf Grund der 12 Tafeln Geltung als ein Act des legare, so erhebt sich die Frage, wesshalb ihr die familiae mancipatio vorangehen musste. Ist es das legare als solches, dessen Geltung das Gesetz statuiert, so könnte diese Geltung, so sollte man denken, durch eine dem legare vorausgehende familiae mancipatio nur bedingt sein, falls der vom Gesetze nicht bestimmte, also auch nicht geschaffene, sondern vorgefundene Begriff des legare diese Verbindung forderte. Scheint es aber danach das testamentum per aes et libram zu sein, durch welches im Sinne der 12 Tafeln der von ihnen garantirte letzte Wille sich bethätigte, so ist doch in Wirklichkeit diese Annahme undurchführbar. Schliesst einerseits das Schweigen der 12 Tafeln <sup>10)</sup> über die Bedingungen des Testirens und Legirens die Annahme aus, dass ihre ausdrückliche Anordnung die mit der familiae man-

---

10) Aus dem Schweigen der auf uns gekommenen Ueberlieferung auf ein Schweigen des Gesetzes zu schliessen, ist an sich bedenklich, aber doch wol zulässig auf Gebieten, in denen, wie hier, die überlieferten Stücke des Gesetzes ein Ganzes bilden und wo vermöge der besonderen Hochhaltung des vom Gesetze garantirten Inhaltes seine Bestimmungen nicht leicht in Vergessenheit geraten konnten.



cipatio verbundene nuncupatio zu einem Acte rechtswirksamen Testirens erhoben hätte, so lässt es doch andererseits die Bezugnahme der Mancipationsformel auf das Gesetz als wahrscheinlich erscheinen, dass erst durch seine Bestimmungen die familiae mancipatio zur Grundlage einer rechtskräftigen testamenti nuncupatio geworden ist. Fragen wir uns sodann, wie die 12 Tafeln zum Comitialtestamente sich verhalten haben mögen, so ist zunächst in ihnen keine Spur davon zu entdecken, dass sie dasselbe abgeschafft hätten; ebensowenig ist es aber glaublich, dass es zu ihrer Zeit schon der Vergangenheit angehört hätte; wäre es doch ohne Beispiel, dass eine schon vor den 12 Tafeln antiquirte Rechtseinrichtung noch in der Erinnerung der Kaiserzeit gelebt hätte. Enthält endlich die Ueberlieferung des Gesetzes keinerlei Spuren einer Coexistenz zweier ganz verschiedener Gattungen von Testamenten, so können wir als die von den 12 Tafeln vorausgesetzte Form des Testamentes nur die comitiale ansehen. Das durch die Formel bezeugte Stadium des testamentum per aes et libram wurzelt also in den 12 Tafeln nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar als Product juristischer die Sätze des Gesetzes zu einem von ihm selbst nicht vorgesehenen Zwecke verwendender Combination. Als solches Kunstproduct erweist es schon seine Bezugnahme auf zwei von verschiedenen Dingen handelnde Zwölftafelsätze. Unzweifelhaft ist nemlich an seiner Geltung neben der gesetzlichen Bestätigung des legare jener andere von der Mancipation handelnde Zwölftafelsatz theilhaft: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto; dies bezeugt nicht nur Cicero (de oratore I, 57) ausdrücklich, sondern darauf deutet auch sowol die notwendige Verbindung des beim testamentum per aes et libram vorkommenden legare mit einer Mancipation als die technische Bezeichnung der nuncupatio für den Act seiner Vollziehung.

Der Sinn jenes bei Mancipationen das nuncupare für massgebend erklärenden Satzes nun liegt gewiss in der Mitte zwischen den zwei extremen Meinungen, welche in ihm eine Anerkennung theils nur der Mancipation als solcher theils beliebiger mit ihr verbundener Beredungen erblicken. Nicht Erweiterungen, sondern Beschränkungen des der Mancipation als solcher inwohnenden Effectes sind es aber, deren Theil-

nahme an der ihr selbst zukommenden Geltung durch jenen Satz statuirt ist. Ist die Mancipation wesentlich <sup>11)</sup> Veräußerung, so bestätigt jener Satz namentlich die Möglichkeit der Modification ihres Umfanges durch den Vorbehalt dinglicher dem Veräußerer verbleibender Rechte. <sup>12)</sup> Dem Verhältnisse solcher Vorbehalte zur Veräußerung ist nun augenscheinlich analog das Verhältniss des Vindicationslegates zur familiae mancipatio; wie das deducta servitute veräußerte Eigenthum auf den Erwerber übergeht als ein durch jene Servitut beschränktes, so geht die familia, mit deren Mancipation die Zuseidung einzelner Stücke derselben an Dritte verbunden ist, abzüglich dieser Stücke auf den Erwerber über. Im Gegensatze zu dem mit einer Veräußerung verbundenen Vorbehalte eines eigenen Rechtes ist aber das Legat eine positive Zuwendung an einen Dritten und als solche Zuwendung kann es seine Geltung nicht auf die gesetzliche Anerkennung der mit einer Veräußerung verbundenen Vorbehalte gründen. Ist sowol die familiae mancipatio als das Legat ein Veräußerungsact und ist das Object dieser zweiten Veräußerung enthalten im Objecte jener ersten, so hebt der Satz: *ut nuncupasset* etc. nur den ohne ihn bestehenden Widerspruch der zweiten Veräußerung mit der ersten auf, indem er gestattet von der Veräußerung des Ganzen durch eine mit ihr verbundene nuncupatio einzelne Stücke auszunehmen. Auf diese Ausnahme deuten schon in der Mancipationsformel die Worte *quo tu iure testamentum facere possis*; indem sie die Mancipation bezeichnen als eine testamentshalber erfolgte, behalten sie dem Mancipanten die Möglichkeit testamentarischer

---

11) Die familiae mancipatio ist sogar ausschliesslich Veräußerung, weshalb die Frage nach der Möglichkeit obligirender Nuncupationen für uns wegfällt; denn jedenfalls konnte durch solche nur der Mancipant obligirt werden.

12) Dass solche Rechte dem Mancipanten „verbleiben“, ist allerdings ein ungenauer Ausdruck; immerhin aber ist ein solcher Vorbehalt etwas anderes als eine sonstige Bestellung, indem das Specialrecht des Veräußerers gleichzeitig mit dem Eigenthume des Erwerbers zur Entstehung gelangt und daher nicht von diesem, sondern gleich diesem vom Eigenthume des Veräußerers abgeleitet ist.

den Umfang derselben einschränkender Verfügungen vor. Zu den hiedurch vorbehaltenen Verfügungen konnte aber freilich die heredis institutio schon desshalb nicht gehören, weil sie die Wirkung der familiae mancipatio nicht sowol beschränken als gänzlich annulliren würde.

Beruhete aber nach der Seite der positiven durch sie begründeten Rechte die Geltung der nuncupatio nicht auf der von Mancipationen handelnden Gewährleistung des Nuncupirens, sondern auf der die Freiheit der Testamente garantirenden Anerkennung des Legirens, so fragt sich, ob dieselbe im Sinne der 12 Tafeln jede Art letztwilliger Verfügung umfasst habe. Unmöglich kann diese Frage, wie manche anzunehmen scheinen, als schlechthin erledigt gelten durch ihre Bejahung seitens des Pomponius (L. 120 de V. S); steht doch ihr gegentüber nicht nur die spätere technische Verwendung des Ausdrucks<sup>13)</sup>, sondern ebenso die Formel *do lego*; ist sie der eigentlich adäquate Ausdruck des *legare*, welches allein in ihr mit diesem seinem specifischen Namen auftritt, und bezeichnet sie das *legare* als einen Fall des *dare*, so lässt sich darunter neben dem *Vindicationslegate* auch die *tutoris datio*, unmöglich dagegen die *heredis institutio* subsumiren. Sagen die 12 Tafeln:

*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, so ist die vom Gesetze gemeinte Verfügung von doppelter Art; immer ist sie ein *legare suae rei* oder eine Verfügung über das eigene Haus; entweder aber ist sie eine Verfügung *super pecunia* d. h. über das sächliche Vermögen oder *super tutela* d. h. über die vom Testator hinterlassenen Personen durch *tutoris datio*.<sup>14)</sup> Führt aber das Gesetz die Verfügungen

---

13) Dass derselbe von der Bezeichnung der Gattung auf die einer Art sich zurückgezogen hätte, wäre nichts Auffallendes, wol aber dass er später gerade dasjenige *legare* nicht mehr bezeichnet hätte, welches die Grundlage jedes anderen bildet. Das Letztere wäre nur erklärt, falls die spätere Specialisirung des Ausdrucks eine negative wäre, so dass er die letztwilligen Verfügungen bezeichnete mit Ausschluss der durch besonderen Namen ausgezeichneten.

14) Kein *legare suae rei* ist das *legatum per damnationem* (s. über dieses S. 30 ff., 73 ff.). Als Form des Legates im Sinne der 12 Tafeln kann nur eine solche gelten, welche das Wort *lego* enthält. So mag auch die Form der *tutoris datio* ursprünglich gelautet haben: *tutorem do lego*.

Hölder, Beitr. z. röm. Erbr.

super pecunia tutelaque als gleichartige nebeneinander auf, so begründet schon dies eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass wie unter diesen so auch unter jenen Specialverfügungen verstanden seien; sind die Verfügungen super tutela Ernennungen von Vormündern für bestimmte Hinterbliebene, so correspondirt ihnen als Verfügung super pecunia die Ernennung von Eigenthümern für bestimmte Nachlassstücke. Auch die heredis institutio ist sodann nicht schlechthin ein legare suae rei, weil die auf den Erben übergehenden Verbindlichkeiten des Verstorbenen zur sua res des Testators nicht gehören; sie gehören nicht zu dem, was sein ist, sondern sie sind etwas, vermöge dessen er selbst in gewisser Weise eines anderen, seines Gläubigers ist, weshalb jede Erbesernennung nicht etwa bloß über die sua res des Testators, sondern über die Person des Erben verfügt.

Wie also der parallele Satz über die Mancipation nicht sowol diese selbst bestätigt als die Möglichkeit ihrer näheren Bestimmung und Beschränkung anerkennt, so sind es auch beim letzten Willen Specialbestimmungen, deren Geltung das Gesetz betont, während es die Geltung des letzten Willens im Allgemeinen ebenso sehr als etwas Gegebenes voraussetzt wie die Geltung der Mancipation oder die Erbfolge der sui heredes.

Man könnte nun allerdings die heredis institutio unter den Begriff des legare suae rei dadurch subsumiren, dass man die in ihr enthaltene Uebertragung der Schulden nicht als eine um ihrer selbst willen erfolgende, sondern lediglich als condicio sine qua non für die Zuwendung des Activnachlasses an den Erben auffassen würde. Erscheint aber allerdings die Haftung für die Schulden als condicio sine qua non des Erwerbes vom Standpunkte des Erben aus, wesshalb die Macht des proximus agnatus über den Nachlass in den 12 Tafeln selbst mit den Worten bezeichnet wird: familiam habeto; so ist doch nicht nur für den Testator die Abwälzung seiner Schulden von seiner Person auf die des Erben ein wesentlicher Zweck der heredis institutio, sondern es lassen sich auch die Worte ita ius esto keineswegs auf Erbesernennungen in derselben Weise anwenden, wie auf Vormundsbestellungen und Legate. Diese sind einseitige Verfügungen, welche zu

ihrer Geltung einen fremden Willensentschluss nicht voraussetzen; die Erbesernennung dagegen, wenn sie nicht einem in der Gewalt des Testators stehenden gilt, ist gar nicht eine unmittelbare Verfügung, sondern lediglich eine Aufforderung, welche nur von Bedeutung ist, wenn sie einen entsprechenden Entschluss des Aufgeforderten hervorruft. Gerade wenn die 12 Tafeln die volle Freiheit des letzten Willens anerkannten, konnten sie in keiner Weise daran denken der Erbesernennung eine unmittelbare durch keinen Erbschaftsantritt bedingte Geltung zuzuschreiben, und eine solche hätten sie ihr doch offenbar zugeschrieben, wenn sie vom ganzen Testamente und damit insbesondere von der Erbeinsetzung gesagt hätten: *ita ius esto*. Den letztwilligen Specialverfügungen gegenüber konnten sie sich wol so ausdrücken; denn für sie war der Eintritt einer Universalsuccession eine selbstverständliche Bedingung ihrer Existenz, ihre Geltung wurde durch die Worte: *ita ius esto* nicht vom Entschlusse des Erben, sondern lediglich vom Entschlusse derjenigen Personen, welchen sie unmittelbar gelten, unabhängig gemacht.

Hat aber das Gesetz, indem es die Geltung der Testamente voraussetzte, zugleich die hergebrachte, wie wir gesehen haben, comitiale Gestalt derselben voraus gesetzt, woraus schöpfte dann die Jurisprudenz die Berechtigung die gesetzliche Sanction des legare auf einen Act zu übertragen, auf welchen sie entschieden nicht berechnet war? Hätte das Wort legare schlechthin die letztwillige Verfügung bezeichnet, so hätte sich seine Gewährleistung entweder nur auf die zur Zeit des Gesetzes bestehende oder aber — was keinem römischen Juristen je eingefallen — auf jede beliebige Gestalt des letzten Willen beziehen lassen. Bezeichnete dagegen das vom Gesetze genannte legare die letztwillige Specialverfügung, so liess sich kraft einer allerdings vom Gesetze schwerlich gewollten Sonderung dieses specielle legare aus dem Gesamttacte des Comitialtestamentes ablösen und als seine Form anstatt der gesamten Testamentsförmlichkeit die specielle für seine Anordnung hergebrachte Formel betrachten. Freilich gehörte ausserdem zur Form des legare, auch wenn man es isolirt betrachtete, das Aussprechen jener Formel vor der in bestimmter Gliederung versammelten Gemeinde; existirt aber die bestimmte

Form eines Rechtsactes um seines bestimmten Inhaltes willen, so konnte man von diesem letzten Erforderniss absehen, falls es als ein lediglich um der heredis institutio und nicht auch um des legare willen bestehendes sich darstellte. Weswegen nun Comitien und weswegen insbesondere die diese berufenden pontifices erforderlich waren, das war namentlich die durch heredis institutio vollzogene Belastung des Erben mit den Schulden, insbesondere mit den sacra, welche beim testamentum per aes et libram wegfiel. Aus dem Gesamtacte des Testamentes konnte man aber das legare nicht ablösen, ohne es mit einer anderweitigen Verfügung über den Nachlass zu verbinden, da es als Specialverfügung über einzelne Nachlassstücke die Existenz eines Nachlasses voraussetzte als eines Vermögens, dessen rechtliches Schicksal auch nach dem Tode seines Subjectes noch bestimmt wird durch seine Beziehung zu diesem. War nun eine solche Verfügung über den Nachlass die familiae Mancipatio und schloss sie vermöge des Satzes *uti nuncupasset* eine mit ihr verbundene Specialverfügung über einzelne Nachlassstücke nicht aus, so beruht die Notwendigkeit das legare mit einer Universalverfügung zu verbinden <sup>15)</sup>

---

15) Dass die familiae Mancipatio als eine solche Universalverfügung galt, auf Grund deren legata möglich waren, beruhte auf ihrer gleichfalls schwerlich von den Gesetzgebern selbst vollzogenen Subsumtion unter den Begriff des testari. Ihn auf die familiae Mancipatio zu erstrecken, war nicht nur sprachlich möglich, sondern entsprach dem eigenen Sprachgebrauche des Gesetzes in seiner Bestimmung über die Intestabilität (Gell. XV, 13 § 11.) Regelte aber das Gesetz das Schicksal des Nachlasses, *si intestato moritur, sui suus heres nec escit*, so hatten seine Urheber ohne Zweifel nur an dasjenige testari gedacht, durch welches die Ernennung eines heres sich vollzog; die Interpretation betrachtete aber als ein die Agnaten ausschliessendes testari auch dasjenige, durch welches nur ein Surrogat eines Erben in Gestalt eines familiae emtor beschafft wurde, so dass schon dadurch einerseits die agnatische Erbfolge ausgeschlossen und andererseits das legare ermöglicht erschien, von welchem ohne Zweifel schon damals feststand, dass es ein testamentum voraussetzte. Es ergibt sich daraus des Weiteren, dass die Bezeichnung der familiae Mancipatio als eines testamentum per aes et libram in jene Zeit zurückreicht und nicht erst dem letzten Stadium dieser Testamentsform entstammt, in welchem die familiae Mancipatio nur noch eine Formalität war.

auf seinem vom Gesetze nicht berührten Begriffe, die Möglichkeit es vom Gesamttacte des Comitialtestamentes abzulösen auf seiner eigenen gesetzlichen Gewährleistung durch den Satz *uti legassit*, seine Vereinbarkeit mit der *familiae Mancipatio* aber auf dem Satze: *uti lingua nuncupassit*. Natürlich konnte jedoch das *legare* des Mancipationstestamentes nur ein *legare super pecunia* und nicht auch ein solches *super tutela* sein, da die *familiae Mancipatio* durch die Existenz von *sui* ausgeschlossen war, und daher mag es rühren, dass die *tutoris datio* in späterer Zeit nicht unter den Begriff des *Legates* fällt, der sie im Sinne der 12 Tafeln mit umfasst.

Das die specielle Form der *testamenti nuncupatio* aus dem Comitialtestamente stammt, ergibt insbesondere die sie beschliessende Aufforderung zur Gewährung des Zeugnisses; dass sie an die Zeugen gerichtet ist in ihrer Eigenschaft als Testaments- und nicht als Mancipationszeugen, ergibt ihr Fehlen bei jeder anderen Mancipation. Fraglich kann scheinen, ob die so erbetene Bezeugung eine sofortige oder eine für die Zeit nach dem Tode des Testators erwartete ist. Der letzteren Annahme stehen jedenfalls nicht entgegen die Worte *testimonium mihi perhibetote*, da auch einem Verstorbenen zu Liebe oder um eines Verstorbenen willen Zeugniss abgelegt werden kann. Dass es in Wirklichkeit darum sich handelt, ergibt das Fehlen einer auf jene Aufforderung folgenden Erklärung der Zeugen; wäre diese erst in späterer Zeit weggefallen, so liesse sich nicht absehen, warum nicht mit ihr die sie provocirende Aufforderung weggefallen wäre. Würde diese Aufforderung die gegenwärtige Ablegung einer Erklärung fordern, so wäre anzunehmen, dass auch die Testamentscomitien eine solche erfordert hätten, dass also in ihnen eine *rogatio ad populum* stattgefunden hätte. Für die Annahme einer solchen *rogatio* darf nicht angeführt werden, dass noch später die Testamentszeugen *testes rogati* sein mussten, da diese *rogatio* eine Aufforderung nicht zur Abgabe einer Erklärung, sondern lediglich zur Anwesenheit beim Testiracte ist. Die Natur der *calata comitia* würde die Abgabe einer Erklärung durch den *populus* nicht ausschliessen, wie denn auch Mommsen durch ihre Bezeichnung als „Zeugnissversammlungen“ sie als solche zu fassen scheint, in welchen der *populus*

Zeugniß ablegt; von einer Abstimmung würde eine solche Erklärung sich immer noch unterscheiden, namentlich etwa dadurch, dass sie nicht successiv, sondern gleichzeitig von allen Abtheilungen des *populus* durch *Acclamation* abgegeben würde. Gegen die Annahme einer solchen Erklärung spricht aber die Analogie der *Inaugurationscomitien*, bei denen an eine solche nicht wol zu denken ist.

Wie nun aber die letzte entscheidende Wendung in der Geschichte dieser Testamentsform erfolgte, ist uns in keiner Weise überliefert. Die Tendenz freilich, die dahin drängte, ist verständlich genug. Erklärt die *familiae mancipatio* durch den Wortlaut der Formel sich selbst als eine um der folgenden *nuncupatio* willen vorgenommene, so entsprach durchaus der Absicht der Testatoren die Erhebung dieser zu einem vollen und ganzen Testamente und die dadurch bedingte Herabsetzung jener zu einer inhaltsleeren Formalität. Ist aber der Inhalt der *nuncupatio* nach dem Wortlaute der Formel ein *dare* und *legare*, also nicht eine Erbesernennung, so liess sich der Widerspruch, welcher in ihrer Aufnahme in die *nuncupatio* lag, dadurch verdecken, dass die Worte der *nuncupatio* ihren speciellen Inhalt gar nicht nannten, sondern nur durch Verweisung auf eine ihn enthaltende Urkunde bezeichneten. Eben diese Verweisung des Testamentsinhaltes in eine beim *Testiracte* nicht verlesene, sondern nur vorgezeigte Urkunde war es zugleich, welche nunmehr den wichtigsten Vorzug des Privattestamentes vor dem ohne *Publication* seines Inhaltes nicht möglichen *comitialen* begründete, war also gleichzeitig Zweck und Mittel der Reform. War aber damit der Widerspruch der Erbeinsetzung mit dem Wortlaute der *Nuncupationsformel* äusserlich verschleiert, so stützte sich die materielle Zulassung jenes neuen *Nuncupationsinhaltes* auf eine *Extensivinterpretation* der 12 Tafeln. Dass das *legare* als Zuwendung an einen Dritten zugleich eine Ausscheidung aus der *mancipirten familia* ist, hatte vermöge der gesetzlichen Anerkennung der an *Mancipationen* sich anschliessenden *Nuncupationen* die Möglichkeit seiner Verbindung mit der *familiae mancipatio* erzeugt. Wie aber die Anerkennung der *nuncupatio* diejenige der *mancipatio* voraussetzt, so die Anerkennung der *Specialverfügung* über einzelne Nachlassstücke diejenige der *Universal-*



verfügung über den Nachlass. Gedachten also die 12 Tafeln der heredis institutio nirgends ausdrücklich und wollte man doch auch ihre Geltung wie alles Recht an den Wortlaut der 12 Tafeln anknüpfen, so bot sich zu diesem Zwecke kein anderer Satz als der: *uti legassit*, welcher als eine unmittelbare Anerkennung der Legate zugleich eine mittelbare Anerkennung der Erbeinsetzung enthielt. So kam man dazu jenen Satz als einen alle testamentarischen Verfügungen umfassenden und als Quelle des gesammten Testamentsrechtes anzusehen.

Hatte sich aber einmal der Satz eingebürgert, dass das *legare* im Sinne der 12 Tafeln erfolgen könne durch eine mit einer *familiae Mancipatio* verbundene *nuncupatio*, so ergab sich aus der Subsumtion der Erbeinsetzung unter jenes *legare* die Möglichkeit ihrer Anordnung durch solche *nuncupatio*; ihr Widerspruch mit dem Wortlaute der *Nuncupationsformel* erschien jetzt als ein Widerspruch nicht mehr mit dem Wesen der *nuncupatio*, sondern nur noch mit ihrer äusseren Erscheinung, so dass man an ihm sich nicht mehr stiess, falls er nur nicht unmittelbar zu Tage trat. Das Herabsinken der *familiae Mancipatio* zur bloßen Form ergab sich damit von selbst; überträgt sie die *familia* nicht schlechthin, sondern unter Vorbehalt des durch die *nuncupatio* sich vollziehenden *legare*, so ist durch diesen Vorbehalt als einen selbst die Erbeinsetzung zulassenden jeder unmittelbare Effect der *Mancipatio* ausgeschlossen.

Notwendig musste aber dadurch das *Comitialtestament* ausser Gebrauch kommen, welches vor dem privaten jetzt nur noch Nachtheile und Umbequemlichkeiten voraus hatte, und ebenso war damit die Richtung der weiteren durch das prätorische Edict sich vollziehenden Entwicklung der Testamentsform gegeben.

---

## IV. Das Legat.

Unter den vier genera legatorum, welche Gaius (II. 192 ff.) und Ulpian (XXIV 2 ff.) aufzählen, sind unstreitig die Hauptformen das legatum per vindicationem und per damnationem. Keine Frage ist aber für das ursprüngliche Wesen des Legates entscheidender als die, welche von jenen beiden Formen als Urform erscheine. Dass etwa beide neben einander aufgekommen wären, ist wenig glaublich; dazu sind sie in ihrem Wesen und ihrer Wirkung zu sehr von einander verschieden; die Aehnlichkeit von Zwillingen besitzen sie wahrlich nicht. Ist doch die eine Verfügung eine dem Erben keinerlei Verpflichtung auferlegende Vergabung eines Nachlassstückes, während die andere den Erben zu einer keineswegs notwendig aus den Mitteln des Nachlasses zu erbringenden Leistung verpflichtet. Eine erste Andeutung darüber, welche von beiden Legatsformen die ursprüngliche sei, könnte man darin zu erblicken versucht sein, dass bei der Aufzählung der Legatsarten das Vindicationslegat voranzustehen pflegt und dem entspricht es auch, dass die Definition des Legates als einer delibatio hereditatis und einer donatio testamento relicta<sup>1)</sup> dem Wesen des Vindicationslegates mehr gerecht wird als dem des Damnationslegates. Andererseits hat allerdings Ulpians Ausspruch (XXIV, 1):

Legatum est, quod legis modo i. e. imperative testamento relinquitur  
speciell gerade das Damnationslegat im Auge<sup>2)</sup>, doch

---

1) L. 126 pr. D. de legat. in I<sup>o</sup> L. 36 D. eod. in II<sup>o</sup>.

2) Dass diese Worte, wie die meisten sagen, eben so gut auf das Vindicationslegat passen, weil einerseits das Wort lego, eine legis

war es ihm dabei um nichts anderes zu thun als um die Unterscheidung des Legates vom Fideicommissum und diese zu fixiren bestand nur für das obligirende Legat ein Bedürfniss.

Die Voranstellung des Vindicationslegates findet nun aber ihre hinreichende Begründung darin, dass es diejenige Verfügung ist, deren Wortlaut am unmittelbarsten mit dem sie bezeichnenden Namen des Legates sich deckt. Gibt allein das Vindicationslegat schon durch seine Formel sich als ein Act des legare kund und ist es im Gegensatze zum Damnationslegate ein unmittelbares legare suae rei oder Verfügen über den eigenen Nachlass, so fällt es unstreitig unmittelbarer als das Damnationslegat unter den das legare suae rei garantirenden Zwölftafelsatz. Was aber die zwölf Tafeln nicht ausdrücklich garantirt haben, das ist keineswegs notwendig jünger als sie; es kann auch zu ihrer Zeit schon so eingewurzelt gewesen sein, dass es ihrer Garantie nicht bedurfte. Ist es nun von vornherein unwahrscheinlich, dass die unpersönliche der Formel der Erbeinsetzung entsprechende Formel *damnas esto* jünger sein sollte als das als Act des individuellen Willens auftretende *do lego*, trägt vielmehr jene Formel ihren Ursprung aus einem Acte des öffentlichen Willens an der Stirn, so kommt dazu, dass die Definition des Erben als eines in *omne ius mortui* Succedirenden nur dem Damnationslegate gegenüber ihre volle Richtigkeit behält<sup>3)</sup>,

---

modo erfolgende Verfügung bezeichne und andererseits die Worte *capito, sumito, sibi habeto* Imperative seien, kann nicht zugegeben werden. Der Formel *do lego* fehlt das Characteristische einer legis modo auftretenden Anordnung, da sie ausdrücklich als Act eines individuellen Willens sich kundgibt, und jene anderen Wendungen sind nur sprachlich Imperative; wollte man auf sie den von Ulpian gemeinten Gegensatz des bindenden Befehls und der Bitte anwenden, so müssten sie vielmehr als Formen der Bitte betrachtet werden, da die Befolgung der durch sie ausgesprochenen Aufforderung vom freien Willen des Aufgeforderten abhängt.

3) Dass diese Definition einer uralten Vorstellung entspricht, zeigt das Wort *heres*, welches den Erben als den Herrn des Nachlasses bezeichnet. Einseitig war diese Bezeichnung immer, indem die Verbindlichkeiten des Erben in ihr nicht zum Ausdruck gelangen; diese Einseitigkeit ist aber ganz natürlich, indem sie diejenige Seite in der

während das Vindicationslegat eine Ausnahme von der Universalsuccession des Erben begründet. Wenn sonst die unmittelbare Vergabung einzelner Nachlassstücke als die natürlichste und am nächsten liegende Art des Vermächtnisses aufgefasst wird, so ist dabei der notwendige Zusammenhang jedes Vermächtnisses mit der Erbeinsetzung übersehen, welcher als ein von Anfang an vorhandener dasjenige Vermächtniss als das ursprüngliche erscheinen lässt, welches an den Erben sich wendet und dessen Universalsuccession nicht alterirt. Wenn dem Laien keine Art letztwilliger Verfügung natürlicher erscheint als die unmittelbare Vergabung bestimmter Nachlassstücke, so denkt er damit nicht an ein wirkliches Legat, sondern an die *mortis causa donatio*, die ja auch bis zum Eindringen des römischen Rechtes die einzige unserem Volke bekannte Art der Verfügung von Todeswegen war. Wird durch die Erbfolge als solche der Erbe sowohl berechtigt als verpflichtet, so begründet im Gegensatze zum Vindicationslegat das Damnationislegat keinerlei Aufhebung der dem Erben als solchem zukommenden Stellung, sondern lediglich einen Zusatz zu dieser, dessen Inhalt dem ihrigen durchaus gleichartig ist. Vom Nachlasserverwerbe des Erben führt keine Brücke zum unmittelbaren Uebergange einzelner Nachlassstücke auf Dritte; vom Uebergange der vom Verstorbenen hinterlassenen Schulden auf den Erben ist dagegen nur ein Schritt zur Belastung des Erben mit weiteren nicht schon in der Person des Verstorbenen zur Entstehung gelangten Schulden. Kann der Testator willkürlich durch die eigene Uebernahme von Verbindlichkeiten seinem Erben solche auferlegen, so bietet dem gegenüber die Möglichkeit den Erben letztwillig zu obligiren nur die Besonderheit, dass kraft letzten Willens *obligatio ab herede incipere potest*; denn dass diese Verpflichtung im Gegensatze zu der unter Lebenden begründeten eintritt ohne Zuthun des Berechtigten, hat sie

---

Stellung des Erben herausgreift, welche regelmässig für dessen eigenes Bewusstsein im Vordergrund steht. Auffallend wäre aber der Ausdruck doch, wenn schon zur Zeit seiner Entstehung die Möglichkeit bestanden hätte einzelne — und zwar beliebig viele — Nachlassstücke unmittelbar Dritten zuzuwenden.

mit der Verpflichtung des Erben gegen die eigenen Gläubiger des Verstorbenen gemein.

Tritt uns nun ausserdem neben dem in der Form des Befehles angeordneten *legatum* das Vermächtniss in Gestalt einer blossen Bitte entgegen und zwar sowol nach altem Rechte beim *testamentum per aes et libram* als später im *fidei commissum*, und ist dem Vermächtnisse wesentlich der Gegensatz des Honorirten und des Onerirten, welcher nur in der Form des *Damnationslegates* zum praegnanten Ausdrucke gelangt, aber schliesslich bewirkt, dass jedem Vermächtnisse eine obligirende Wirkung zuerkannt wird: so bekommen wir den Eindruck, dass gerade das dingliche ein Stück des Nachlasses unmittelbar von der Erbschaft ablösende Vermächtniss eine Specialität sei<sup>4)</sup>, wie denn auch nach dem *senatus consultum Neronianum* das *Damnationslegat* als dasjenige Legat erscheint, auf welches eventuell jedes andere zurückgeführt wird.

Unmöglich können wir daher der Meinung beitreten, dass das der ältesten Testamentsform allein bekannte Urvermächtniss das *legatum per vindicationem* sei und dass das *Damnationslegat* eine dem *testamentum per aes et libram* entsprungene Anwendung des *nexum* sei. Findet vielmehr allerdings in der ursprünglichen Anlage des *testamentum per aes et libram* das *legatum per vindicationem* keinen Raum, so gilt dasselbe vom *Damnationslegato*. Wenn dieses mit dem *Nexum* die Verdoppelung als Strafe der Ablehnung und die Möglichkeit der *solutio per aes et libram* gemein hat, so gilt Beides ja ebenso von der auf keinem *nexum* beruhenden *iudicati obligatio* und beruht auf dem „publicistischen“ Charakter der Schuld, welcher bei dem aus einem Acte des öffentlichen Willens entsprungenen *Damnationslegato* noch ein viel unmittelbarer ist als beim *nexum*. Daher ist auch bei je-

---

4) Der obigen Argumentation kann nicht entgegengehalten werden die Berufung darauf, dass dem regelmässigen Gange der geschichtlichen Entwicklung gerade der Fortschritt vom Speciellen zum Allgemeinen entspricht. Eine Specialität ist ja das *Vindicationslegat* nicht blos als einzelne *species* eines *genus*, sondern als Ausnahme von der Regel, dass das Legat einerseits den Erben verpflichtet und andererseits seine Succession in den Nachlass in keinem Punkte unmittelbar ausschliesst.

nem die Verdoppelung nicht auf den Fall der Geldschuld beschränkt, die doch allein durch nexum contrahirt werden konnte<sup>5)</sup>. Konnte aber ursprünglich durch Mancipationstestament ebenso wenig per damnationem als per vindicationem ein Vermächtniss errichtet werden, so war es im zweiten Stadium jener Testamentsform gerade nicht das Damnations-, sondern das Vindicationslegat, welches sie zuließ; war also die testamentarische Damnation des Erben älter als die unmittelbare Zuwendung von Nachlassstücken an Dritte, so war doch diese nicht nur das speciell von den zwölf Tafeln garantierte legare, sondern auch dasjenige Vermächtniss, welches in der späteren noch in der Zeit der classischen Juristen zu Recht bestehenden Testamentsform ursprünglich allein errichtet werden konnte. War es zudem vom Aufkommen der Fideicommissse an diejenige Zuwendung, welche allein gerade an die Form des Legates geknüpft war, so lag in diesem allem Grund genug bei der Aufzählung der Legatsarten es an die Spitze zu stellen.

Von den üblichen Bezeichnungen der vier genera legatorum nennt die des Damnationslegates die Verfügung des Testators, welche es anordnet, die des Vindications- und Praeceptionislegates das dem Legatar eingeräumte Recht, die des legatum sinendi modo relictum die Verbindlichkeit, welche es dem Erben auferlegt. Dass wir es hier mit einem eigenen genus zu thun haben sollen, fällt auf. Ist doch das legatum per damnationem dasjenige, welches den Erben obligirt. So ist denn auch nach seiner Formel das legatum sinendi modo relictum lediglich ein Fall des Damnationslegates<sup>6)</sup>. Dieselbe lautet (Gai. II, 209):

---

5) Die Annahme, dass auch beim Legate die Verdoppelung auf den Fall der Geldschuld sich beschränke, ist den Quellen gänzlich fremd und kann durch keinen anderen Grund gestützt werden als die in Wirklichkeit nicht zutreffende Analogie des Nexum. Der Text von Gai. IV, 9 bietet hiefür in keiner Weise den vor Studemund's Lesung von manchen in ihm gesuchten Anhaltspunkt. Ebenso ist die liberatio per aes et libram nicht auf Geldlegate beschränkt. Gelegentlich derselben vergleicht Gai. (III, 175) ausdrücklich die letztwillige damnatio mit der richterlichen condemnatio.

6) Damit dass es in Wirklichkeit nicht ein eigenes genus legati

Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere.

Der Formel eines sonstigen Damnationslegates gegenüber fällt dabei auf, dass Gaius nicht wie bei diesem es für zulässig erklärt die Worte damnas esto sinere durch den einfachen Imperativ zu ersetzen. Bedenken wir, dass Gaius auch beim Vindicationslegate der verschiedenen zulässigen Wendungen umständlich gedenkt, so erscheint es unwahrscheinlich, dass er gerade beim legatum sinendi modo relictum die Möglichkeit einer anderen Wendung übergangen hätte, wenn sie recipirt gewesen wäre<sup>7)</sup>. Ist aber beim Damnationslegate, wie schon sein Name zeigt, die Zulassung jener anderen Wendungen ein Ablassen von ursprünglicher Strenge, so ist es höchst wahrscheinlich, dass das legatum sinendi modo zur Zeit, zu welcher jene Milderung eintrat, so wenig mehr in Uebung war, dass bezüglich desselben eine constante die Ersetzung des damnas esto durch eine andere Wendung sanctionirende Praxis sich nicht mehr bilden konnte<sup>8)</sup>. Verpflichtete aber dieses Legat den Erben nicht zum Geben, sondern nur zur Duldung des Nehmens, so war ihm gegenüber die Gebundenheit des Erben ähnlich der durch ein Vindicationslegat bedingten, während andererseits dem Legatar doch keine Vindicationsbefugniß d. h. kein dingliches Recht und keine Möglichkeit der Abforderung gegenüber Dritten zustand. Es ist daher kaum abzusehen, welches Bedürfniss diese Legatsform hervorgerufen haben sollte, da dem Bedürfniss der Verpflichtung des Erben das Damnationslegat und dem unmittelbarer Zuwendung das Vindicationslegat vollkommen genügte, während es etwas widersprechendes an sich

---

ist, mag auch zusammenhängen, dass allein bei ihm die Bezeichnung des einzelnen genus als legatum per . . . nicht wiederkehrt.

7) Dem echten Gaius gegenüber kann nicht ins Gewicht fallen Gai. epit. II, 5 §. 6.

8) Gerade hier, wo das Mass der dem Erben auferlegten Verpflichtung ein geringeres war als bei anderen Damnationslegaten, hätte es besonders nahe gelegen eine abgeschwächtere Form des Befehles zu gebrauchen, und dies um so mehr, da gerade hier durch die Häufung der verba die volle Form etwas schleppendes hatte, eine Abkürzung also um so leichter hätte Eingang finden müssen.

hat weder den Erben zur Verschaffung der Sache verpflichten noch dem Legatar unmittelbar ein eigenes Recht an ihr zuwenden zu wollen. Bestand aber neben jenen beiden Legatsformen kein Bedürfniss für jene dritte, so kann doch neben einer von beiden, so lange die zweite nicht-existirte, ein solches Bedürfniss bestanden haben. Nicht aber neben dem Vindicationslegate, da doch dem Willen des Testators ein dingliches Recht desjenigen gemäss sein muss, den er zum eigenmächtigen Ansichnehmen der Sache ermächtigen will. Kannte dagegen die alte Zeit die Zuwendung eines Legats nur in der Form einer dem Erben auferlegten Verpflichtung, so entstand das Bedürfniss nach einer Form, durch welche dem Erben nicht schlechthin die Verschaffung der Sache, sondern nur ihre Ueberlassung auferlegt würde; so trat der auf Verschaffung und daher eventuell auf Anschaffung einer Sache für den Legatar gerichteten Verpflichtung gegenüber die zur Ueberlassung der Sache, welche durch ihren Besitz seitens des Erben bedingt war. Wenn hier dem rechtlichen Geben der Sache die Gestattung ihres factischen Nehmens und Behaltens gegenübertritt, während der eigentlichen Absicht des Testators vielleicht eine durch eigenes rechtliches Haben bedingte Verpflichtung zum rechtlichen Geben mehr entsprochen hätte, so war doch für eine primitive Stufe der Entwicklung der Gedanke einer bedingten Verpflichtung zum Geben zu complicirt, und entsprach ihr vielmehr die Gegenüberstellung der beiden Extreme der Eigenthumsverschaffung einerseits und der Besitzüberlassung andererseits.

Der Gegensatz zwischen der Verpflichtung zum Geben einerseits und zum bloßen Nehmen-lassen andererseits wurde ohne Zweifel schief aufgefasst von denjenigen, welche (nach Gai. II, 214) meinten, *ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit quam ut sinat i. e. patiatur legatarium rem sibi habere*. Entschieden unrichtig ist nemlich an dieser Bemerkung die Entgegenstellung des *sumere pati* und des *tradere*, da dieses durch das vom Erben zugelassene Nehmen sich vollzieht. Dass in Wirklichkeit der Gegensatz jener beiden Legatsgegenstände nicht der



der rechtlichen Uebergabe und der Gestattung des bloßen factischen Nehmens ist, zeigt auch der Umstand, dass das *Legatum sinendi modo relictum* eine Sache voraussetzt, welche nicht etwa nur factisch, sondern rechtlich, sei es nun als ererbte oder aus anderem Grunde, beim Erben sich befindet. Dass ursprünglich der Gegensatz der Eigenthumsübergabe und der blossen Ueberlassung des Besitzes für jene zwei Legatsarten charakteristisch gewesen wäre, liesse sich nur annehmen, wenn von zwei gleich unhaltbaren Voraussetzungen eine zuträfe. Entweder nemlich müsste das *legatum sinendi modo* zurückergeführt werden auf eine Zeit, zu welcher es überhaupt noch keine Eigenthumsübertragung durch Tradition gegeben hätte; ohne Zweifel existirt aber diese Zeit nur in der Phantasie einzelner Rechtshistoriker (s. dagegen Bechmann Kauf I, S. 305 ff.). Oder es müsste angenommen werden, dass beim Aufkommen des *legatum sinendi modo relictum* nur *res mancipi* als Objecte desselben gedacht worden wären, während in Wirklichkeit gerade auf Grundstücke und grössere Thiere das Wort *sumere* weit weniger passt als auf kleinere, tragbare Gegenstände. Gleich der *traditio* hatte auch die *mancipatio* und in *iure cessio* die Gestalt des Nehmen-lassens, indem auch hier die Mitwirkung des Veräusserers in der Form der blossen Zulassung sich vollzog. Was das dare vom *sinere sumere* unterschied, war daher nicht die Passivität des Zulassenden im Gegensatze zur Activität des Gebenden, sondern kann nur darin gelegen haben, dass die unbedingte Verpflichtung zum Geben unabhängig ist vom eigenen Haben, während demjenigen, welcher verpflichtet ist einen anderen etwas haben zu lassen, nur unter der Bedingung des eigenen Habens das Geben obliegt.

Bezüglich des *legatum per vindicationem* erscheint einerseits die Formel *do lego* als die eigentlich normale sowohl nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Gaius als auch, weil sie allein die durch sie getroffene Verfügung geradezu als *legatum* bezeichnet. Den Formeln der anderen Legatsarten sind dagegen die ausserdem zugelassenen Formeln *capito*, *sumito*, *sibi habeto* verwandter, weil sie gleich jenen Imperative sind. Eine specielle Verwandtschaft zeigen dieselben mit den Formeln des *Praeceptionslegates* und des *legatum*

sinendi modo relictum, indem das *praeipito* des ersteren beim Vindicationslegate sich in einfaches *capito* verwandelt und dasselbe *sumere sibi* habere, dessen Duldung das *legatum sinendi modo relictum* dem Erben anbefiehlt, im Vindicationslegate zum Gegenstande einer an den Legatar gerichteten Aufforderung wird. Es liegt darin zwar nicht für das Vindicationslegat als solches, wol aber für die imperativischen Formen desselben das Zeugniß späterer Entstehung gegenüber jenen zwei anderen Legatsformen; denn schwerlich hätte die schwerfällige Formel *damnas esto sinere sumere sibi* habere aufkommen können in einer Zeit, zu welcher ein einfaches *sumito* oder *sibi habeto* dasselbe und mehr bewirkte, und dass das Praeceptionslegat lediglich eine Species des Vindicationslegates sei, hätte anstatt der Meinung einer Schule die sich von selbst verstehende Annahme aller sein müssen, wenn zur Zeit des Aufkommens des Praeceptionslegates schon ein Vindicationslegat durch einfaches *capito* hätte angeordnet werden können; denn dass das *praeipere* lediglich ein Fall des *capere* ist, vermochte niemand zu bestreiten.

Mit den Worten *damnas esto* und *do lego* verglichen hat das Wort *praeipito* etwas Formloses, womit es ohne Zweifel zusammenhängt, dass das durch dieses angeordnete Legat kein selbständiges durch eigene Klage geltend zu machendes Recht erzeugte, sondern lediglich im Erbtheilungsverfahren zur Geltung zu kommen vermochte<sup>9)</sup>. Wurzelt das Damnationalegat in der publicistischen Natur des ältesten Testamentes und das Vindicationslegat in der gesetzlichen Gewährleistung des legare und beruhen beide auf der strengen Entgegensetzung des Legatars und des Erben, dem das Legat entweder eine Verpflichtung auferlegt oder unmittelbar etwas entzieht: so ist Subject des Praeceptionslegates der Erbe als solcher d. h. er vereinigt nicht etwa in seiner Person die zwei Rollen eines Erben und eines Legatars als von einander

---

9) Dass diese Lehre die ursprüngliche war, ist nicht zu bezweifeln; hätte von Alters her die Möglichkeit bestanden das Praeceptionslegat auch ausserhalb des Erbtheilungsverfahrens geltend zu machen, so hätte die entgegengesetzte Meinung nicht wol aufkommen können.

verschiedene, sondern seine Eigenschaft als Legatar ist lediglich eine nähere Bestimmung seiner Eigenschaft als Miterbe, so dass jene nicht anders geltend gemacht werden kann als durch Geltendmachung dieser. Wenn daher nach späterer Theorie das Praeceptionslegat ein Fall des Praelegates ist, so ist diese Subsumtion ursprünglich dem Begriffe des Praeceptionslegates durchaus fremd; denn der Begriff des Praelegates beruht gerade auf der strengen Entgegensetzung des Erben und des Legatars; der Legatar-Erbe ist ihm einer, der Erbe und eben deshalb zu seinem Erbtheile nicht Legatar ist, während Subject des Praeceptionslegates der Erbe als solcher ist; für das Praelegat als solches ist das Erbe werden des Legatars nicht, wie für das Praeceptionslegat, eine Bedingung, sondern ein Hinderniss seiner vollen Geltung<sup>10)</sup>.

Drei Wurzeln sind es nach dem Bisherigen, aus welchen der Legatsbegriff erwachsen ist, indem von den später unterschiedenen vier genera legatorum das legatum sinendi modo relictum lediglich ein besonderer Fall der testamentarischen Damnatio ist, während von dieser damnatio nach Form und Wesen verschieden ist sowol die letztwillige datio als die Anordnung der praeceptio. Ist aber das damnas esto des Damnationslegates ein an den Erben gerichteter zur Leistung ihn verurtheilender Befehl und ist das do lego des Vindicationslegates eine unmittelbare Vergabung eines Nachlassstückes, so fragt sich wie dazu das praecipito des Praeceptionslegates sich verhalte. Zunächst scheint es fast selbstverständlich, dass praecipere zu fassen sei als Vorwegnehmen und praecipito als eine an den Legatar-Erben gerichtete Ermächtigung des Vorwegnehmens; erklärt doch auch Gaius praecipere als praecipuum sumere. Diese Auffassung tritt aber in Widerspruch mit der Thatsache, dass der Legatar erst durch richterliche adiudicatio die ihm legirte Sache bekommt. In Wirklichkeit ist denn auch capere technisch nicht sowol Nehmen als Erwerben oder Bekommen, wie am deutlichsten hervorgeht aus den Zusammensetzungen

---

10) Es ist daher durchaus unhistorisch wenn Czyhlarz in Haymerl's Vjschr. III, S. 116 ff. dem Begriffe des Praelegates ein höheres Alter vindicirt als dem des Praeceptionslegates.

Hölder, Beitr. z. röm. Erbr.

usu capere und morte testamentove capere; denn durch die Dauer eines Besitzes sowol als durch den Tod oder letzten Willen eines anderen kann man etwas nur bekommen und nicht, was man überhaupt nur durch eigenes Zugreifen kann, nehmen. Dass capito nicht identisch ist mit sumito, zeigt sich auch daran, dass nur mit sumere und nicht mit capere verbunden werden die Worte, „sibique habere“; denn im Bekommen ist im Gegensatze zum Nehmen das Behalten schon enthalten. Dasselbe zeigen die nicht durch Nehmen sondern durch Behalten sich vollziehenden Praeceptionen des Erben, welcher den Nachlass mit einzelnen Ausnahmen herauszugeben hat, und ebenso bedeutet ja auch recipere das Zurückbehalten. Ohnedies hat in der praecceptio die Vorsilbe prae keineswegs die zeitliche Bedeutung, welche sie haben müsste, wenn es sich um ein Vorwegnehmen handelte, anstatt zu einem Wegnehmen vor der Erbtheilung zu ermächtigen soll das Praeceptionslegat gerade erst durch diese sich vollziehen. Wenn also das Damnationslegat normaler Weise ein Geben befiehlt und das Vindicationslegat ein solches vollzieht, so ordnet das Praeceptionslegat ein Bekommen an.

Wer aber sagt, dass ein anderer eine Sache bekommen soll, der gibt streng genommen weder die Sache selbst noch befiehlt er jemanden ihr Geben; vielmehr spricht er lediglich einen Wunsch aus. Ein solcher Wunsch vermag eine actio nicht zu erzeugen, weshalb der Legatar hier eine eigene sei es dingliche oder persönliche Klage zur Geltendmachung des Legats nicht hat. Wie vielmehr es Zinsen gibt, die in obligatione sunt, und solche, die nur officio iudicis praestantur, so ist die per praecceptionem legirte Sache eine solche, welche dem Bedachten officio iudicis zu Theil wird. Ist also das Vindicationslegat durch den Zwölftafelsatz uti legassit sanctionirt, so wurzelt die rechtliche Bedeutung des Praeceptionslegates in dem von den zwölf Tafeln eingeführten iudicium familiae herciscundae. Während die nomina nach dem Gesetze ipso iure unter den Erben getheilt sind, hängt im übrigen die Theilung vom Ermessen des Richters ab, welcher namentlich vom Willen des Verstorbenen sich leiten lässt. Dem Praeceptionslegat verhilft also ebenso die Intervention

des Theilungsrichters zur Realisirung wie dem mit der Erbinsetzung verbundenen *modus*, welcher gleichfalls für sich nur die Bedeutung eines Wunsches hat, die Intervention der Obrigkeit.

Die Abschwächung des der alten Zeit eigenen strengen Formensinnes bewirkte dann eine Annäherung des *legatum sinendi modo relictum* und des *Praeceptionslegates* an das *Vindicationslegat*. War einmal die Möglichkeit eines *Legates* anerkannt, welches nicht in der Form der *damnatio* sich an den Erben wandte, sondern unmittelbar über das legirte Object verfügte; so lag es für den Testator nahe das Nehmen, dessen Gestattung das *legatum sinendi modo relictum* dem Erben auferlegte, vielmehr selbst dem Legatar zu gestatten. Ohne Zweifel ist diese Gestattung des Nehmens als gleichbedeutender Ausdruck des durch die Worte *do lego* sich vollziehenden Gebens zuerst für *res nec mancipi* aufgekommen. Dass Gestattung des Nehmens eben so viel bedeute als Geben war eine bei ihnen deshalb höchst nahe liegende Vorstellung, weil sie *inter vivos* durch Gestattung des tatsächlichen Nehmens — denn etwas anderes ist die Veräusserungshandlung des Tradenten nicht — vergeben werden. Von einem *sumere* sprach man *ohnedies* wol nicht leicht in Beziehung auf Grundstücke, Menschen und grössere Thiere. Konnte aber einmal ein *Vindicationslegat* angeordnet werden in der Form der Ermächtigung zum Nehmen, so schien zwischen dieser und dem zum Geben verpflichtenden *Damnationslegate* die Auferlegung der Verpflichtung zum Nehmen lassen in der Mitte zu stehen. Das *legatum sinendi modo relictum* liess sich um so leichter als Uebergangsstufe vom *Damnationslegate* zum *Vindicationslegate* auffassen, da es in der Form des *Damnationslegates* wesentlich demselben Bedürfniss diente, welches später seine vollkommenere Befriedigung in dem zur Zeit seiner Entstehung noch unbekannten *Vindicationslegate* fand. Juristisch correct war aber seine Absonderung vom *Damnationslegate* nicht; wie sollte auch anders als *per damnationem* legirt sein was legirt ist durch die Worte *damnas esto*; entscheidend war für jene Absonderung ohne Zweifel die Gruppierung der Legate nach ihren möglichen Gegenständen, indem es in Ansehung dieser in der Mitte stand

zwischen sonstigen Damnationslegaten und dem Vindicationslegate.

Der Absonderung des *legatum sinendi modo relictum* vom Damnationslegate ging parallel die von den Proculianern unternommene Erhebung des Praeceptionslegats zur Kraft des Vindicationslegates. Hatte sich für dieses die Wendung *capito* Geltung erobert, so lag es eben so nahe im Praeceptionslegate einen Fall des Vindicationslegates zu sehen als es feststeht, dass das *praecipere* ein Fall des *capere* ist. Zu demselben Resultate führte die Gruppierung der Legatsarten nach ihrem möglichen Objecte, da das Praeceptions- mit dem Vindicationslegate die Beschränkung seiner Anwendung auf Nachlasssachen theilt. Zugleich aber hängt mit der Zulassung der imperativischen Wendungen *sumito*, *sibi habeto* die Ansicht der Proculianer zusammen, dass das *legatum per vindicationem* durch ein positives Wollen des Bedachten bedingt sei. Aus den Worten *do lego* liess sich dieses Erforderniss nicht ableiten, wol aber aus jenen anderen Wendungen, welche gleich den Worten *heres esto* als Aufforderung oder Ermächtigung des Bedachten erschienen, kraft welcher er erst durch einen Act seines Willens erwerben sollte. Eine consequente Durchführung dieser Parallele hätte dahin führen müssen das Legat auf die Erben des Bedachten nicht übergehen zu lassen. Wie aber diese Consequenz von niemandem gezogen wurde, so hat sich auch das Verlangen positiver Annahme des Bedachten nicht behaupten können; wenn selbst der Sabinianer Gaius eine angebliche Bestätigung jenes Verlangens durch kaiserliches Rescript anführt, so constatirte dieses in Wirklichkeit nicht die Notwendigkeit einer positiven Erklärung, sondern nur die Möglichkeit einer für eine juristische Person durch ihre Organe abgegebenen Erklärung<sup>11)</sup>.

Die proculianische Behandlung des Praeceptionslegates ist ein Schritt auf derselben Bahn, auf welcher die Vermächtnisslehre überhaupt sich bewegt und auf welcher Justinian den letzten Schritt gethan hat, auf der Bahn des Zusammenfließ-

---

11) S. hierüber die erschöpfende Auseinandersetzung von Arndts Legate III, S. 264 ff.

sens der aus verschiedenen Quellen entsprungenen Legatsarten. Diese Bewegung erfolgte aber nicht im Sinne einer absoluten Verwischung der Artunterschiede, sondern in der Absicht die Anordnung der einen Art an den Vortheilen der anderen möglichst theilnehmen zu lassen; so hat das *Senatus consultum Neronianum* die Unterschiede der genera nicht aufgehoben, sondern nur angeordnet, dass das in der Form des einen genus errichtete Legat eventuell als Legat eines andern genus gelten solle. Ebenso hat Justinian den Unterschied des obligatorischen und des dinglich wirkenden Vermächtnisses nicht aufgehoben, hat aber mit dem eine unmittelbare Zuwendung vollziehenden Vermächtnisse obligirende Wirkung und mit dem obligirenden soweit möglich dingliche Wirkung verbunden, und in derselben Weise hat er die *exaequatio legatorum et fideicommissorum* vollzogen nicht als Negirung ihrer Besonderheit, sondern im Sinne einer in jedem Falle eintretenden Cumulirung der dem Bedachten günstigen Besonderheiten der einen und der anderen Art. Ebenso haben die Proculianer zwar das Praeceptionslegat für ein Vindicationslegat erklärt, d. h. an den rechtlichen Wirkungen des Vindicationslegates theilnehmen lassen, soweit es den Anforderungen desselben genügt. Zugleich haben sie aber doch seine fortwährende Geltung als besondere Legatsart anerkannt beim Legate solcher Sachen, die per vindicationem nicht legirt werden konnten (Gai. II, 222); sollten Spätere (nach Ulp. XXIV, 11) dazu fortgeschritten sein das Praeceptionslegat im Vindicationslegate gänzlich untergehen zu lassen und daher an den nur in bonis des Testators befindlichen Sachen auszuschliessen, so sind sie jedenfalls damit nicht durchgedrungen. Es lief auch diese Annahme der die Entwicklung der Legatenlehre beherrschenden Tendenz ebenso zuwider als die Aufstellung des Erfordernisses positiver Annahme für das Vindicationslegat; beide Theorien verkehrten die Tendenz, die eine Legatsart möglichst an den Vortheilen der anderen theilnehmen zu lassen dahin, dass sie eine Legatsart an die ihr fremden Bedingungen einer anderen banden.

Auf die zweite Gattung der Vermächtnisse, die Fideicommissa, einzugehen liegt nicht im Plane dieser Blätter. Doch soll wenigstens auf die Analogie hingewiesen werden,

welche in zwei Punkten zwischen dem Fideicommiss und dem Inhalte der mit der *familiae mancipatio* verbundenen *testamenti nuncupatio* besteht. Diese Analogie ist volle Gleichheit bezüglich der ursprünglichen Natur der fraglichen Anordnungen als rechtlich unverbindlicher Bitten. Auch die weitere Entwicklung zeigt aber eine gewisse Aehnlichkeit; wie mit der Zeit durch jene *testamenti nuncupatio* nichts Geringeres als eine *heredis institutio* sich vollzog, so wurde durch das *senatus consultum Trebellianum* die Anordnung eines *Universalfideicommisses* zur Anordnung einer der Erbfolge ähnlichen *Universalsuccession*. Zugleich ist, worauf zuletzt noch hingedeutet werden soll, durch das *Universal-fideicommiss* eine neue dem *Praeceptionslegat* nahe verwandte Art der *praeceptio* aufgekommen. Bekanntlich wird darüber gestritten, ob der Erbe „als Erbe“ habe „was er von der herauszugebenden Erbschaft zurückbehalten darf“. (Windscheid Pand. §. 652 Not. 17). Er hat aber das ihm in dieser Weise Zugewendete genau eben so sehr und eben so wenig „als Erbe“ wie der einzelne Erbe das ihm *per praeceptionem* Legirte. Beide *Praeceptionen* bekommt der Erbe als solcher, sofern beide nur in der Person eines Erben möglich sind. Beide geben ihm sodann nichts, was ihm nicht schon seine Ernennung zum Erben für sich betrachtet gewähren würde. Und doch „liegt auch in diesen *Deductions-etc.* Vollmachten ein Vermächtniss, so gut wie im alten *Praeceptionslegat*“ (Brinz Pand. 1. Aufl. S. 928). Die dem einzelnen Erben *per praeceptionem* legirte Sache würde ihm auch ohne Legat zufallen, wenn nicht andere Erben mit ihm concurrirten; ebenso würde der Erbe die Sache, welche er zu behalten ermächtigt ist, auch ohne solche Ermächtigung behalten, wenn er nicht die Erbschaft als solche an einen Dritten zu restituiren hätte. Indem er dagegen in Verbindung mit der Ernennung von Miterben beziehungsweise in Verbindung mit der Anordnung eines Erbschaftsvermächtnisses jene Sache nur kraft ihrer ausdrücklichen Ueberweisung bekommt beziehungsweise behält: so bekommt und behält er sie einerseits nicht obgleich, sondern weil er Erbe ist, aber andererseits unter Ausschluss der bezüglich der übrigen Erbschaft ihm obliegenden Theilung mit anderen oder Besti-



tution an andere. Ist sonst das Vermächtniss der Erbfolge entgegengesetzt, so liegt hier ein Vermächtniss vor, welches nur den Erwerb des Erben als solchen erweitert, ihn also in einer dem beschränkenden *modus* entgegengesetzten Weise modificirt. Mit dem Begriffe des *Praelegates* hat die *Praeception* des *restitutionspflichtigen* Erben nichts zu schaffen; ist das *Praelegat* nichtig soweit der Erbe sein Object als solcher behält, so behält er gerade als Erbe das Object jener *praeceptio*. Gerade dadurch ist aber diese dem *Praeceptionslegate* verwandt; denn ist dieses nach seiner ursprünglichen Natur das Legat des Erben als ein solches, welches ausschliesslich im Weg der Erbtheilung sich realisirt, so erscheint hier das Legat nicht als Gegensatz, sondern als Modification der Erbfolge.

---

## V. Das Noterbenrecht der sui heredes und die lex Voconia.

Die beste Bearbeitung, welche in unserer Zeit das sog. formelle Noterbenrecht gefunden hat,<sup>1)</sup> beginnt mit den Worten:

„Ueberall, wo sich das Recht selbständig und ursprünglich entwickelt, wird das Noterbenrecht dem testamentarischen Erbrechte in der Zeit nachfolgen; denn es ist seine Bestimmung eine Correctur des letzteren zu sein.“

So selbstverständlich es aber ist, dass von einem die Freiheit des letzten Willens einschränkenden Noterbenrechte vor dem Aufkommen letztwilliger Verfügungen keine Rede sein kann; so folgt daraus doch keineswegs die Eigenschaft des Noterbenrechtes als einer nachträglichen Correctur des Testamentsrechtes. Beschränkt jedes Noterbenrecht die Freiheit letztwilliger Verfügung durch die von ihm geforderte Berücksichtigung eines anderweitigen Erbgrundes, so ist es nur dann notwendig späteren Ursprungs als die von ihm beschränkte Befugniß des Testirens, wenn zur Zeit ihres Aufkommens noch kein anderer Erbgrund existirte. Ist dagegen das Testament zur Geltung gelangt neben anderen von ihm schon vorgefundenen Erbgründen, so ist es ja allerdings denkbar, dass auf eine Periode des noch nicht gekannten letzten Willens eine solche seines schrankenlosen Waltens folgte, dessen mit der Zeit unerträglich gewordenem Uebermasse sodann die Statuirung eines Noterbenrechtes entgegengetreten wäre. Unbestreitbar ist bezüglich des materiellen Inhaltes der testamentarischen Verfügung der Gang der Entwicklung dieser gewesen, indem dem Missbrauche einer bis dahin unbeschränkten Freiheit, wie bezüglich der Belastung der Erben die lex Furia, Voconia, Falcidia, so bezüglich der unverdienten Enterbung Angehöriger die querela inofficiosi testamenti ent-

---

1) A. Schmidt, Das formelle Recht der Noterben. 1862.

gegengetreten ist. Während die Beschränkungen der Legate auf leges beruhen, ist die Umstossung inofficioser Testamente ein Erzeugniss der Praxis; war nun das Centumviralgericht, dem die querela inofficiosi testamenti ihre Ausbildung verdankte, nicht nur ebenso in Sachen des formellen Noterbenrechts competent, sondern hat es auch, wie uns ausdrücklich bezeugt ist <sup>2)</sup> auf seine Fixirung Einfluss geübt, so liegt die Annahme nahe genug, dass auch das formelle Noterbenrecht der centumviralen Praxis geradezu seine Entstehung verdankte. Hat aber die Kühnheit etwas Befremdendes, womit das Gericht es sich herausnahm ein dem Rechte gemässes Testament um seiner Ungerechtigkeit willen so zu behandeln, als wäre sein Urheber nicht zurechnungsfähig gewesen, so wäre diesem Schritte ein noch auffallenderer vorangegangen, wenn die Nichtigkeit des einen suus praeterirenden Testamentes vom Centumviralgerichte ohne Anhaltspunkt im bisherigen Rechte statuirt worden wäre. Liegt einerseits in der Unzulässigkeit der Praeterition lediglich eine formelle Anforderung an den letzten Willen, welche als eine ausschliesslich in seinem eigenen Interesse erhobene sich denken lässt, so erhebt sich nur um so unabweisbarer die Frage, wie ein Gericht dazu kommen konnte einen jener Forderung nicht genügenden Willen schlechthin für nichtig zu erklären. Ist alle Rechtspflege in ihrem letzten Ziele eine Pflege nicht der todten Satzung, sondern der lebendigen Gerechtigkeit, so ist es verständlich, wenn im einzelnen Falle der Richter um der Gerechtigkeit willen über den Buchstaben des Rechtes sich wegsetzt, und ebenso lässt es sich verstehen, wenn in der Praxis bezüglich der durch die Gerechtigkeit geforderten Ausnahmen von der Regel des Rechtes sich selbst eine Regel bildet. Eine solche dem Conflict zwischen den Forderungen des Rechtes und denen der Gerechtigkeit entsprungene Regel wird aber den Stempel ihres Ursprungs tragen; sie wird von der Regel des Rechtes nur für diejenigen Fälle eine Ausnahme statuiren, für welche jene ein ungerechtes Resultat ergäbe; sie wird diese Ausnahme nur eintreten lassen zu Gunsten desjenigen, der durch Subsumtion des Falles unter die Regel des Rechtes

---

2) Cic. de orat. I. 38.

ungerecht behandelt würde, und sie wird leicht durch besondere Beschränkungen sich als eine in möglichst bescheidenen Grenzen zu haltende Correctur des Rechtes charakterisiren, so dadurch, dass sie nur in Ermangelung anderweitiger Abhilfe oder nur innerhalb enger Zeitgrenzen Platz greift. Dieses alles gilt, gleichwie von der praetorischen in integrum restitutio, so auch von der querela inofficiosi testamenti. Nur dann greift sie Platz, wenn die Uebergangung im einzelnen Falle als ungerecht erwiesen ist, nur dem unverdient Vernachlässigten gewährt sie den Anspruch auf Cassation des Testamentes, und dieser Anspruch verjährt binnen fünf Jahren, ist unvererblich und durch das Fehlen anderweitiger Hilfe bedingt. Beruhte ebenso die Umstossung des einen suus praeterirenden Testamentes auf einer von der Gerechtigkeit geforderten Abweichung von der Regel des Rechtes, so wäre es unbegreiflich, dass ein solches Testament schlechthin nichtig ist; es wäre unbegreiflich, dass, wenn der Uebergangene sich zufrieden gibt, doch kein Dritter das Testament braucht gelten zu lassen; es wäre noch unbegreiflicher, dass das Testament selbst dann nichtig ist, wenn der suus vor dem Testator gestorben ist.<sup>3)</sup> Zugleich würde damit die Praxis eine von der Gesetzgebung ihrer Zeit sorgfältig beobachtete Grenze überschritten haben, indem sie ein von den 12 Tafeln gewährleistetes Rechtsgeschäft aus Gründen, welche jenen fremd waren, für schlechthin nichtig erklärt hätte.

Ist es aber wirklich so ausgemacht, wie namentlich Schmidt<sup>4)</sup> es hinstellt, dass das sog. formelle Noterbenrecht dem Zwölftafelgesetze widerspricht? Dass die Worte des Gesetzes davon nichts enthielten ist allerdings anzunehmen, da es sonst unerklärlich wäre, warum die so häufige Berufung römischer Juristen auf erbrechtliche Zwölftafelsätze gerade auf diesen Punkt sich nicht erstreckt haben sollte. Durchaus voreilig wäre es aber, daraus zu schliessen, dass die

---

3) Wenn dieser Punkt unter den Juristen der Kaiserzeit bestritten war (Gai. II, 123), so kann doch an dem höheren Alter der strengeren Meinung kein Zweifel sein; hier wie in der Legatenlehre kommt den Sabinianern die Stellung der Conservativen zu.

4) Ebenso freilich Savigny verm. Schr. V. S. 40.

Sache selbst dem Zwölftafelrechte fremd gewesen sei. Hat das Gesetz die Erbfolge der sui nirgends angeordnet, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt, so mag es ebenso stillschweigend sie als eine solche vorausgesetzt haben, zu deren Beseitigung es der Enterbung bedarf. Dass aber diese Annahme dem Satze *uti legassit etc.* widerstreite, lässt sich auch dann nicht behaupten, wenn man diesem Satze schon im Sinne der zwölf Tafeln die umfassendste Bedeutung beilegt. Sollten auch die zwölf Tafeln den letzten Willen für schlechthin allmächtig erklärt haben, so war doch die selbstverständliche Voraussetzung „dass der Wille des Testators in derjenigen Form ausgesprochen sei, welche Sitte und Herkommen dafür festgesetzt hatten.“ (Schmidt Anm. 1.) Zu dieser durch die zwölf Tafeln mit keinem Worte berührten Form des Testirens gehört gerade auch, was Schmidt gänzlich übersieht, das Erforderniss der Enterbung, welches ja dem Willen, durch Dritte mit Ausschluss der sui beerbt zu werden, den freiesten Spielraum lässt. Darum beweist auch nicht das ursprüngliche Fehlen jenes Erfordernisses der Ausspruch des Pomponius in L. 120 de V. S., selbst wenn wir ihn ohne weiteres als sicheres historisches Zeugnis betrachten wollten. Die *latissima potestas heredes instituendi etc.* ist nichts anderes als die Möglichkeit im weitesten Umfange letztwillig zu verfügen; und diese besteht ja trotz des sog. formellen Noterbenrechtes; wollte man etwa sagen, die Notwendigkeit die sui, welche man nicht zu Erben haben will, zu enterben, sei doch kein bloßes bei der Einsetzung von extranei zu beobachtendes Formerforderniss, sondern die Freiheit der Erbeinsetzung sei geschmälert durch die Notwendigkeit ihrer Verbindung mit einer Enterbung; so müsste man ebenso die *latissima potestas legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi* als geschmälert ansehen durch die Notwendigkeit ihrer Verbindung mit einer Erbeinsetzung oder bezüglich der eigenen Sklaven die Freiheit der Erbeinsetzung als geschmälert betrachten durch die Notwendigkeit ihrer Verbindung mit einer ausdrücklichen Verleihung der Freiheit. Wird den Zwölftafeln die Gewährleistung ausgedehntester Testirfreiheit zugeschrieben, so kann dies überhaupt nur bedeuten, dass nach ihnen der Umfang der letztwilligen Verfügung keine an-

dere Grenze hat als diejenige, welche gegeben ist theils durch Begriff und Form der betreffenden von den zwölf Tafeln nicht geschaffenen, sondern vorgefundenen Verfügungen, theils durch die Natur ihres Objectes; so konnten die zwölf Tafeln unmöglich dem Testator die Verfügung über fremdes Eigenthum einräumen wollen; sobald daher nach der Anschauung ihrer Zeit die hinterlassene familia irgendwie als Eigenthum der sui galt, so war ihre Zuwendung an Dritte nur möglich unter gleichzeitiger Aufhebung jenes Eigenthums der sui.

Wurzelt nun die Erbfolge der sui heredes in der urwüchsigen Organisation der Familie, das Testament dagegen in der jedenfalls jüngeren Verfassung des Gemeinwesens, so spiegelt sich in dem Satze, dass der suus nur als enterbter dem testamentarius heres weicht, das gegenseitige Verhältniss der Familien- und der Staatsverbindung, des natürlichen Familienzusammenhanges und der mit Hilfe des Staates über ihn sich erhebenden Macht der Person. Die Ordnung der Familie behält ihre selbständige Existenz neben der des Staates als eine nicht von dieser abgeleitete; die Macht des Staates ist aber eine höhere, der der Familie überlegene; weshalb sie die Macht der Familie zwar nicht zu ignoriren, wol aber zu überwinden vermag. Ohne die Annahme eines eigenen Rechtes wäre die Notwendigkeit, ohne die Existenz eines höheren jenes zu vernichten fähigen Rechtes wäre die Möglichkeit der Enterbung nicht zu begreifen. Ihrem Wesen nach ist somit diese nichts anderes als eine Expropriation, deren Begriff ja eben darauf beruht, dass die Staatsgewalt das ihrer Bethätigung hinderliche Privatrecht als Schranke ihrer Macht achten muss, dass sie aber vermöge ihrer höheren Macht diese Schranke niederzureissen vermag.

Die Annahme, dass die Erbfolge der sui heredes auf eigenem Rechte beruhe, ist bekanntlich schon von römischen Juristen so bestimmt als möglich ausgesprochen; sie hat sodann in der neueren Jurisprudenz von ihren Anfängen an bis in unser Jahrhundert hinein geherrscht, schien aber namentlich durch Franke<sup>5)</sup> für immer abgethan.

---

5) Das Recht der Noterben S. 16. ff. Ebenso Mühlenbruch in Glücks Comm. 36 S. 144 ff.

Doch haben sich in neuester Zeit ihre Anhänger wieder so gemehrt, dass sie im Begriffe zu sein scheint ihre alte Macht über die Gemüther wieder zu erobern.<sup>6)</sup> Ob ihr dies gelingt, wird wesentlich von der Möglichkeit abhängen jenes Recht der sui in einer der realen Gestaltung ihrer rechtlichen Stellung entsprechenden Weise zu formuliren. Wird doch die Opposition gegen seine Annahme wesentlich von logischen Gesichtspunkten aus erhoben; die Schwierigkeit jenes Recht der sui begrifflich zu fassen und im Verhältniss zum Rechte des Vaters zu bestimmen ist es, welche die Mehrzahl der Neueren zur Verwerfung einer Annahme bestimmt hat, an welcher der naive Sinn der Alten und Aelteren nie irre geworden war und welche heutzutage sich namentlich durch das Bestreben wieder Bahn bricht, einen geschichtlichen Gehalt nicht desshalb zu verwerfen, weil seine correcte logische Fassung schwer oder unmöglich ist.

Der eifrigste unter den neueren Verfechtern des eigenen Rechtes der sui heredes, Brinz bemerkt: „neben, vielmehr in dem Alleinrechte des Vaters lag die Mitinhaberschaft der Kinder verborgen“ (Pand. I. Aufl. S. 1178). Dass, wie Brinz hier richtig hervorhebt, das Recht der Kinder nicht neben dem des Vaters sichtbar wird als ein dieses beschränkendes, das bildet begreiflich die Hauptinstanz gegen die Annahme eines solchen Rechtes. Wenn aber nach Brinz „die Alleinberechtigung des Vaters nur die Form der dem Vater zuständigen und obliegenden Vertretung war“, und wenn daher das eigene Recht des Kindes „ohnmächtig zwar insolange der Vater lebte, voll Realität dagegen für die Zeit da dessen

---

6) Das eigene Recht der sui heredes vertreten unter den Neueren Böcking Pand. d. R. PR. 2. Aufl. I. S. 173, Danz, R. G. 2. Aufl. II. S. 88 f., Euler bei Burchardi Rechtssystem der Römer S. 307, unter den Neuesten Fitting Castr. pec. S. 113 n. 14. Pernice Labeo I. S. 109 ff. namentlich aber Brinz Pand. 1. Aufl. §. 173 u. 250. 2. Aufl. §. 41. Weitere Citate bei Mandry Fam. G. R. I. S. 10, welcher mit Jhering (Geist. des R. R. §. 32.) und Köppen (Erbr. S. 2 ff.) nur eine materielle, factische oder sittliche Bestimmung des Vermögens für die Hauskinder statuirt. Gegen die Idee eines Gesamteigenthums der Familie erklärt sich neuestens Bruns (Zachr. f. vgl. R. W. II. S. 177.

Gewalt hinwegfiel“ war; wie verträgt sich damit die Möglichkeit der Enterbung? Denkt sich Brinz das Recht des Hauskindes „in ähnlicher Weise, wie der Vater in der ersten Periode der Adventizgutentwicklung noch Herr und Eigentümer dieses Vermögens, das Kind aber gleichwol schon daran berechtigt . . . ist“ und findet er eine passende Bezeichnung dieses Verhältnisses in der deutschen Verfangenschaft, wie kommt es dann, dass diese Verfangenschaft durch einen Willensact des angeblich von ihr bestrickten Vaters zerstört wird? Dass jemals die Exheredation eine Art Emancipation gewesen sei und nicht sowol das Vermögen der Familie entfremdet als vielmehr den Enterbten aus dieser ausgeschieden habe, ist eine willkürliche Annahme, welche denselben Bedenken unterliegt wie die Auffassung der heredis institutio als einer Adoption.

Erscheint in Wirklichkeit die Exheredation nicht als Emancipation, sondern als Expropriation, so handelt der Vater durch sie nicht als Vertreter der Familie und ihres Rechtes, sondern als Herr der Familie, welcher ihr Recht aufhebt. Ist nach ursprünglichem Testamentsrechte die Exheredation nichts anderes als eine durch einen Act der Staatsgewalt vollzogene Expropriation, so ist durch die Verwandlung des Testamentes in einen Act der individuellen Autonomie die Befugniss zu jener Expropriation zum eigenen Rechte des pater familias geworden. Gleich jeder Expropriation ist sie als Vernichtung zugleich Anerkennung des durch sie zerstörten Rechtes: gleich jeder Expropriation ist sie nicht ein Triumph der Willkür über das Recht, sondern eine Beugung des Rechtes um einer höheren Gerechtigkeit willen, indem dem saus die Erbfolge entzogen wird entweder zur Bestrafung eines sie verscherzenden Verhaltens oder aber durch exhereditio bona mente um seines eigenen Wohles willen.

Wie stimmt es aber, so könnte man einzuwenden geneigt sein, zur Auffassung der Exheredation als einer Expropriation, dass es jener auch dann bedarf, wenn dem Enterbten sein ganzer Erbtheil oder mehr durch Legat hinterlassen wird, während es ihrer nicht bedarf zur Beschränkung seines Erbtheils auf ein Minimum und zu seiner beliebigen Belastung? Der erstere Umstand bedarf jedoch keiner Erklärung. Un-



begreiflich wäre er freilich, wenn die Enterbung nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit gefordert würde im Interesse sei es des suus oder des letzten Willens selbst, seiner Sicherheit, seiner Vollständigkeit oder seiner Freiheit vom Einflusse eines Irrthums. Erbt dagegen der suus kraft eigenen Rechtes, so bedarf es zu seinem Ausschlusse von der Erbfolge der Aufhebung dieses Rechtes, sollten ihm auch sämtliche durch dasselbe gewährten Vortheile zugewandt sein. Dass aber neben der Ernennung des suus zum Erben es nie der Enterbung bedarf, beruht darauf, dass die durch Enterbung erfolgende Aufhebung seines Geburtsrechtes in seiner Ernennung zum Erben ebenso enthalten ist. Der zum Erben ernannte suus heres erbt wie jeder Testamentserbe durch den Willen des Testators, so dass durch diese Ernennung sein eigenes Recht nicht etwa bestätigt, sondern verneint ist. Wäre, wie viele annehmen, die Einsetzung eines suus heres eine Bestätigung seines Geburtsrechtes, so wäre schon die völlige Gleichheit der Einsetzungsformel mit der bei anderen Erbesernennungen üblichen auffallend. So wenig sodann die bedingte Einsetzung des suus ohne exheredatio in contrarium casum genügt, so wenig könnte Einsetzung auf weniger als den Intestaterbtheil genügen ohne Enterbung bezüglich des Restes; eine exheredatio pro parte, die es in Wirklichkeit nicht geben kann, müsste es geben. Undenkbar wäre endlich die Belastung des Erbtheils mit Legaten, oder wenn eine solche mit dem Geburtsrechte des suus sich vertragen hätte, wäre es unbegreiflich, dass auch der suus heres nicht ohne seine ausdrückliche Ernennung zum Erben mit Legaten belastet werden kann. Kann der Erblasser nur denjenigen Erben mit Legaten belasten, der es durch seinen Willen ist, so ist ein solcher unstreitig auch der durch ihn zum Erben ernannte suus. Wäre dem nicht so, wäre die Ernennung zum Erben nicht eine Negirung der schon durch die Geburt des suus begründeten Erbfolge, so wäre es ein reiner Hohn auf das angebliche Eigenthum des suus, wenn ihm ohne Enterbung zwar nicht der Name des Erben entrissen, aber sein Eigenthum durch Beschränkung seines Erbtheiles wie durch Legate entfremdet werden könnte.

Freilich widerspricht diese Auffassung der weit verbrei-

teten Ansicht, dass der Name des *suus heres* gerade den kraft Geburtsrechtes Erbenden bezeichne; denn allerdings verwandelt die Einsetzung zum Erben den *suus heres* nicht etwa in einen *extraneus*. Bedeutet nun aber *suus* nichts anderes als der Seinige, so fragt es sich für die Bedeutung des *suus heres* vor allem, wem gegenüber dieses Attribut den Erben als den Seinigen bezeichnet. Rein sprachlich liegt es nun am nächsten als jene Person den Erben selbst anzusehen, da der Ausdruck *suus heres* für sich gebraucht zu werden pflegt ohne die Nennung eines anderen, dessen *suus* der Erbe wäre. Die Beziehung des Possessivpronomens auf die eigene Person des Erben würde aber nicht etwa die Bedeutung eines sich selbst Beerbenden ergeben — dann müsste es *sui heres* heißen —; *suus heres* würde vielmehr den Erben bezeichnen als einen sich selbst angehörigen, als einen solchen also, welcher sein eigener Herr (*sui juris*) ist. Da nun dieses Praedicat der Freiheit von fremder Gewalt jedem Erben zukommt, so würde für das erbende Familienglied das Prädicat des *suus heres* ein spezifisches nur zu sein vermögen als Bezeichnung desjenigen, welcher durch dasselbe Ereigniss, den Tod des *pater familias*, sowol sein eigener Herr als der Erbe seines bisherigen Herrn würde. Erinnern wir uns aber an die Zwölftafelworte: *cui suus heres nec escit*, so erscheint ihnen gegenüber angenscheinlich als diejenige Person, deren *suus* der Erbe ist, der Verstorbene. Ist *suus* der Seinige, so ist *suus heres* im Verhältniss zum Verstorbenen derjenige Erbe, welcher zu den Seinigen gehört. Ergibt doch genau dasselbe die Erklärung, dass *sui heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt* (Gai. II, 157) und die Entgegensetzung des *extraneus heres*; wie der *suus heres* ein Angehöriger, so ist der *extraneus heres* ein Auswärtiger oder Fremder für den Erblasser. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass unter den so gefassten Begriff des *suus heres* auch der zum Erben eingesetzte eigene Sklave fallen müsste. Gleich dem *suus heres* hat dieser bis zum Tode der *familia* des Verstorbenen angehört, gleich jenem ist er daher *necessarius heres*; während aber der *suus heres* die Eigenschaften eines vom Verstorbenen hinterlassenen Angehörigen und eines Erben desselben mit einander verbindet, ist der Sklave nur dess-

halb Erbe des Verstorbenen, weil er mit seinem Tode aus seiner familia ausscheidet, seinem Nachlasse also nicht mehr angehört.

Als suus erscheint mithin der Erbe nicht kraft der Besonderheit seines Erbgrundes. Suus heres ist der erbende Angehörige<sup>7)</sup> oder derjenige Erbe, welcher zugleich ein vom Verstorbenen hinterlassener Angehöriger ist; er bleibt aber suus heres auch dann, wenn er nicht kraft Geburtsrechtes, sondern durch den letzten Willen zur Erbschaft berufen wird. Würde die Enterbung die Zugehörigkeit des Enterbten zu den vom Verstorbenen hinterlassenen Personen aufheben, so müsste dasselbe gelten von der den Erbgrund der Geburt durch den des letzten Willens ersetzenden Erbesernennung; dass der suus heres zugleich ein testamentarius heres zu sein vermag, ist daher ein neuer Beweis dafür, dass die Enterbung die Angehörigkeit des Enterbten zur familia des Verstorbenen vollständig unberührt lässt. Ebenso wenig als die Begriffe des suus und des durch den Willen des Verstorbenen Erbenden schliessen sich die Begriffe des suus und des voluntarius heres oder des nicht ohne eigenen Willen Erbenden aus. Wäre die Ernennung des suus zum testamentarischen Erben eine Bestätigung seines Geburtsrechtes, so wäre nicht abzu sehen, wie sie die Existenz jenes Rechtes an die Bedingung eines bestimmten, wenngleich in seinem freien Belieben stehenden Verhaltens knüpfen könnte, sie wäre denn mit einer Aufhebung desselben für den entgegengesetzten Fall, einer exhereditio in contrarium casum, verbunden. Von dem unter einer Potestativbedingung Eingesetzten bemerkt Schmidt (S. 43): „Ein so Eingesetzter ist dem unbedingt Eingesetzten überhaupt gleich zu achten und daher, wenn er der Bedingung nicht nachkommt, als Einer anzusehen, der

---

7) Savigny Verm. Schr. V. S. 39 macht mit Recht darauf aufmerksam, „dass suus oft allein (ohne heres) steht, gerade wie agnatus, was sich nur dann begreifen lässt, wenn man es auf ein Familienverhältniss (als den Grund des Erbrechts) bezieht.“ Inconsequent sind hier nur die von mir eingeklammerten Worte. Bezeichnet das Wort suus nicht eine Eigenschaft des Erben als solchen, sondern ein Familienverhältniss, so bezeichnet suus heres jeden in jenem Familienverhältniss stehenden Erben ohne Rücksicht darauf, ob gerade jenes Familienverhältniss den Grund seiner Erbfolge bildet.

Hölder, Beitr. z. röm. Erbr.

die Erbschaft nicht will: es liegt also darin für gar keinen Fall eine *Praeterition*“. M. a. W. Wessen Erbfolge ausdrücklich von seinem Willen abhängig gemacht ist, dessen von seinem Willen unabhängige Erbfolge kraft Geburtsrechtes ist damit unbedingt negiert, so dass eine so bedingte Erbeinsetzung eine unbedingte Aufhebung der Geburtserbfolge in sich enthält; wäre dies nicht der Fall, so wäre nicht abzusehen, wie an die Stelle eines schon bestehenden Rechtes ohne seine Aufhebung ein solches gesetzt werden könnte, welches erst durch einen Willensact erworben werden soll.

Wurzelt aber unmittelbar in ihrer durch kein Gesetz geschaffenen Familienstellung die Erbfolge der *sui heredes* als eine nur durch ausdrückliche Aufhebung wegfallende, so ist ein Product der Jurisprudenz die Feststellung der Bedingungen, unter welchen eine rechtsgiltige Enterbung vorliegt, und der Folgen, welche mit der *Praeterition* sich verbinden. Wenn nun in beiden Beziehungen ein Unterschied gemacht wurde zwischen dem Sohne einerseits und allen übrigen Angehörigen andererseits, (Gai. II, 123 ff. Ulp. XXII, 16 ff.) so fragt sich vor allem, was in dieser Beziehung das Geburtsrecht der *sui* forderte, inwieweit also nach der einen oder anderen Seite eine Steigerung oder Abschwächung der an sich aus jenem abzuleitenden Consequenzen vorliegt. Ohne Zweifel beruhte die Unterscheidung zweier Classen von *sui heredes* auf analoger Anwendung der gleichen auf einem verwandten Gebiete aufgetretenen Unterscheidung. Daraus, dass die zwölf Tafeln mit dreimaliger Mancipation des *filius* das Erlöschen der *patria potestas* verbunden hatten, hatte man das Genügen einmaliger Mancipation bei anderen Angehörigen abgeleitet, schwerlich im Sinne des Gesetzes, welches nur zufällig anstatt aller Angehörigen den Vornehmsten derselben genannt hatte. Wenn nun an sich die zur Emancipation des Sohnes erforderliche Form der dreimaligen Mancipation im Verhältniss zu der zur Emancipation anderer Kinder genügenden Form der einmaligen Mancipation nicht als die volle Form der Entäusserung gegenüber einer unvollständigen, sondern als eine künstlich vervielfachte Form gegenüber der einfachen erscheint; so ist doch historisch vielmehr diese eine Abschwächung der von den zwölf Tafeln genannten dreifachen

Mancipation.<sup>8)</sup> Dass ebenso bezüglich des Noterbenrechtes die Behandlung der *ceterae liberorum personae* ein Nachlassen von ursprünglicher Strenge darstellt, dafür spricht nicht nur jene Analogie, sondern ebenso das Verhältniss, in welchem der Begriff des Sohnes einerseits und der übrigen *liberi* andererseits zum Wesen der *Suität* steht. Die innige Beziehung des Hauskindes zum Hausvater wurzelt darin, dass es sein Geschöpf und Ebenbild ist; nur der Sohn aber ist beides voll, da der Enkel nicht unmittelbar ein Geschöpf des Grossvaters und die Tochter kein volles Ebenbild des Vaters ist. Insbesondere pflanzt sich zwar in der Tochter die Persönlichkeit des Vaters fort, ohne dass sie jedoch fähig wäre in ihren Kindern dieselbe weiter fortzupflanzen, und wie sie als Ehefrau durch ihre Kinder nicht die väterliche, sondern eine fremde *familia* fortpflanzt, so erfüllt sie von Alters her diesen ihren Beruf des Mutterthums nicht ohne den eigenen Uebergang in eine fremde *familia*. Wie aber so die Tochter zwar unmittelbar durch ihre Geburt zur Beerbung des Vaters berufen ist, aber andererseits den dem Weibe eigenen Beruf des Mutterthumes gerade nur in einer fremden *familia* zu erfüllen vermag, so wird umgekehrt der Enkel Erbe erst durch das Ausscheiden seines Vaters. Erscheinen so im Sohne die das Wesen der *Suität* bedingenden Momente in ihrer stärksten Ausprägung, so erschöpft sich in diesem Gradunterschiede die Verschiedenheit seines Verhältnisses zum Vater von demjenigen der übrigen *sui*; etwas anderes ist er ihnen gegenüber nur dadurch, dass er im höchsten Grade ist was in einem gewissen Grade jeder *suus* ist; von einer dem Begriffe der *Suität* fremden *differentia specifica* des Sohnsbegriffes, auf welche die besondere Behandlung des Sohnes sich gründen würde, ist keine Rede. Der Sohn nun kann

---

8) A. M. Schmidt, Das Hauskind in *mancipio* S. 12 f. Allein schon der Wortlaut des Zwölftafelsatzes betont nicht den dreimaligen Verkauf als Bedingung des Freiwerdens von der väterlichen Gewalt, sondern dieses als Folge des dreimaligen Verkaufes, negirt mithin nicht sowol die Befreiung durch einmaligen Verkauf als vielmehr die Fortdauer der Gewalt nach dem dritten Verkaufe.

1) nur *nominatim* enterbt werden. *Nominatim* aber ist jede Enterbung erfolgt, welche sich darstellt als unzweideutige Bethätigung der Absicht dieses bestimmte Individuum von der Erbschaft auszuschliessen, welche also das volle Bewusstsein von seiner Existenz als *suus heres* documentirt.

2) Ist ein Sohn weder gehörig enterbt, noch zum Erben ernannt, so ist das Testament schlechthin ungiltig und zwar nach der consequenten Ansicht der Sabinianer auch dann, wenn der Sohn nachträglich vor dem Tode des Vaters wegfällt. Die Verfügung über einen dem Sohne nicht durch *exheredatio* entzogenen Nachlass stand auf derselben Stufe mit der Verfügung über das Eigenthum einer fremden Sache, die ja gleichfalls auch dann ungiltig ist, wenn bis zum Tode des Testators die Sache in sein Eigenthum gelangt ist. War der übergangene Sohn nicht der einzige *suus heres*, so möchte man denken, sein Recht hätte die Geltung des Testamentes nur zu seinem Erbtheile ausgeschlossen. Erbe des Vaters ist aber kraft Geburtsrechtes der Sohn nicht zu einem bestimmten für sich ihm zukommenden Theile, sondern in demjenigen Verhältniss, welches sich durch die Concurrenz anderer gleichfalls kraft Familienrechtes erbender *sui heredes* ergibt. Ist nun sowol Erbesernennung als Enterbung eine Negation des Familienrechtes, so musste die Uebergehung eines Sohnes jede Geltung des Testamentes ausschliessen; es war wegen derselben jede durch das Testament vollzogene Negation des Familienrechtes ungiltig; wollte man dieselbe, soweit sie anderen *sui* gegenüber durch Erbeinsetzung oder Enterbung vollzogen war, als giltig betrachten, so wäre die Folge nur, dass nunmehr das Geburtsrecht des übergangenen Sohnes sich auf den ganzen Nachlass erstreckte, also doch wieder die Geltung der testamentarischen Erbesernennungen in ihrem ganzen Umfang ausschloss. Eben diese Behandlung griff bekanntlich bei der *bonorum possessio contra tabulas* platz, bei welcher die Aufrechterhaltung der Enterbungen den *Contratabulanten* und nicht den zu Erben ernannten *extranei* zu gute kam.

Wenn man bezüglich der übrigen *liberi* die *inter ceteros* erfolgte *Exheredation* als genügend annahm, so erhebt sich die Frage, warum man dieselbe nicht als stillschweigend erfolgt betrachtete durch die Errichtung eines die *liberi* nicht be-

rücksichtigenden Testamentes. Ist der Schluss von der Uebergehung auf die Absicht der Enterbung ein unsicherer, weil möglicher Weise an den übergangenen suus gar nicht gedacht, ja seine Existenz gar nicht gekannt ist, so ist bezüglich des einzelnen suus im Falle collectiver Enterbung diese Unsicherheit ganz dieselbe. Wer aber seine Kinder als solche — sei es durchweg sei es mit Ausnahme bestimmter zu Erben ernannter — enterbt; der gibt damit wenigstens ein Bewusstsein davon kund, dass er überhaupt Kinder hat und ohne Rücksicht darauf, inwieweit die einzelnen zu ihnen gehörenden Individuen ihm gegenwärtig sind, erklärt er, dass ihre Eigenschaft als seine Kinder ihn nicht hindert seinen Nachlass Fremden zuzuwenden. Die Enterbung inter ceteros ist m. a. W. eine generische Enterbung, welche als solche auch die dem Verfügenden zur Zeit nicht gegenwärtigen Exemplare des genus umfasst. Dass man aber mit dieser generischen Enterbung bei Töchtern und Enkeln und nur bei diesen sich begnügte, beruhte auf der angegebenen Verschiedenheit ihres Verhältnisses zum pater familias. Während die Tochter die Abstammung vom Vater mit dem Sohne gemein hat, hat sie nicht mit ihm gemein die volle Wesensgleichheit mit dem Vater; steht sie aber so dem Vater zwar durch ihre Abstammung eben so nahe als der Sohn, nicht aber durch ihre eigene Individualität, so kommt sie für ihn nicht gleich dem Sohne in Betracht als dieses bestimmte ihm wesensgleiche Individuum; zu ihrer Enterbung genügt es daher, dass er seine Descendenz als solche ins Auge fasst und enterbt; er braucht nicht die Tochter gleich dem Sohne ins Auge zu fassen als dieses bestimmte Individuum. Dasselbe gilt aber vermöge der Mittelbarkeit ihrer Abstammung von den Enkeln; sind sie doch nicht geborene Erben des Grossvaters und zu seiner Beerbung nicht schon berufen als diese bestimmte Individuen, sondern erst durch den in die Kategorie der sui heredes sie einreihen den Wegfall ihres Vaters.

Wenn nun aber bei Töchtern<sup>9)</sup> und Enkeln die Folge der Praeterition nicht die Nichtigkeit des Testamentes, sondern

---

9) Der Tochter steht die Ehefrau in manu rechtlich gleich. Der familia, welche fortzupflanzen die Tochter unfähig ist, gehört jene

ihr Hinzutritt zu den testamentarischen Erben ist, wie wenn sie selbst solche wären: so beruht dies auf einer durch die Jurisprudenz vollzogenen Ergänzung des bezüglich ihrer nicht ausgesprochenen Willens. Legten aber die römischen Juristen der Uebergang der liberi die Wirkung einer Einsetzung derselben bei, so ist damit der Grundsatz nicht aufgehoben, dass die Familienerbfolge der sui heredes, sie wäre denn durch Enterbung oder Erbeinsetzung beseitigt, jede andere Erbfolge ausschliesst. Nur deshalb wird vielmehr die Giltigkeit des Testamentes durch Praeterition der ceterae liberorum personae nicht ausgeschlossen, weil in dieselbe eine Verfügung hineingelegt wird, so dass es eine wirkliche Praeterition der Töchter und Enkel oder eine Unterlassung sowol ihrer Enterbung als ihrer Berufung zu testamentarischen Erben überhaupt nicht mehr gibt. Während der Sohn nur nominatim enterbt und ebenso nur nominatim zum Erben ernannt werden kann, können Töchter und Enkel nicht nur inter ceteros enterbt, sondern auch stillschweigend zu Erben ernannt werden, indem ihre Concurrenz sich von selbst versteht bei jeder mit keiner Enterbung der liberi verbundenen Berufung testamentarischer Erben. Wollte man annehmen, dass ihre Erbfolge neben diesen einfach auf ihrem Familienrechte als einem durch das Testament nicht aufgehobenen beruhe, so bliebe sowol ihre Theilnahme an der Belastung der Erbschaft durch Vermächtnisse als der Umstand unerklärt, dass sie auch mit eingesetzten extranei sich in die Erbschaft theilen, anstatt diese auszuschliessen. Indem sie vielmehr die Stellung testamentarischer Erben erhalten, ist ihr Familienrecht gleichwie durch ihre ausdrückliche Ernennung zu testamentarischen Erben aufgehoben.

Einfach genug erklärt sich ihre Concurrenz pro virili parte d. h. zum Intestaterbtheile (Theoph. ad pr. J. de exh. lib. 2, 13) mit eingesetzten sui heredes. Beruht ihre Erbfolge auf einer Ergänzung des letzten Willens, so beruht diese Ergänzung auf der Annahme, dass bezüglich ihrer ein Wille nicht etwa nur nicht ausgesprochen wurde, sondern überhaupt

---

gerade nur um der von ihr zu leistenden Vermittelung ihrer Fortpflanzung willen an (vgl. S. 11 f.).



nicht bestand. Die Annahme eines in Wirklichkeit vorhandenen und nur nicht ausgedrückten Willens bezüglich der liberi hätte dahin führen müssen sie als stillschweigend enterbt zu betrachten, wie dies in der Kaiserzeit beim Soldatentestamente wirklich angenommen wurde. War es aber hergebracht und galt es als Erforderniss giltigen Testirens seine Kinder entweder zu Erben einzusetzen oder zu enterben, so war der nächstliegende Schluss aus der Unterlassung beider Verfügungen der, dass an die übergangenen Kinder gar nicht gedacht war, sei es aus momentanem Uebersehen, wie es namentlich bei einer grösseren Enkelschaar so leicht geschieht, oder aus Unkenntniss ihrer Existenz oder ihrer Eigenschaft als sui heredes. Dass nun der Testator die übergangenen Kinder, wenn er an sie gedacht hätte, von der Erbschaft ausgeschlossen haben würde, war um so weniger zu vermuten, da ein Hausvater einen solchen Ausschluss seiner Angehörigen nicht ohne besondere Gründe anzuordnen pflegt und die Existenz solcher besonderen Gründe am wenigsten anzunehmen ist einem Kinde gegenüber, an das der pater familias überhaupt nicht gedacht hat. Eben so wenig aber war gerade im Verhältnisse zu einem solchen Kinde anzunehmen, dass der Hausvater Ursache hatte es vor seinen anderen Kindern zu bevorzugen. Hatte er also die Erbtheile dieser mit Legaten belastet, so war anzunehmen, dass er diejenigen der übergangenen Kinder von dieser Belastung nicht ausgenommen hätte. Daraus ergab sich, dass übergangene sui mit Eingesetzten nach Massgabe ihres Intestaterbtheils concurriren, im gleichen Verhältnisse aber auch an den erbschaftlichen Lasten theilnehmen.

Wenn nun aber ebenso im Verhältnisse zu eingesetzten extranei ein bloßes Accresciren übergangener liberi angenommen wurde, so tritt uns daraus die Anschauung entgegen, dass zu Töchtern und Enkeln eine von der Ernennung Dritter zu Erben abhaltende Liebe nicht angenommen werden dürfe; es wird also angenommen, dass der Testator, wenn er an jene gedacht hätte, zwar auch sie, aber nicht ausschliesslich sie zu Erben ernannt haben würde. Töchter und Enkel, das drückt sich darin aus, stehen dem Einzelnen nicht näher als seine nächsten Freunde; denn aus-

ser den eigenen Angehörigen sind es wesentlich diese, welche man zu Erben zu ernennen pflegte. Anders steht auch in dieser Beziehung der Sohn, da dieser dem Vater selbst zum nächsten Freunde zu erwachsen vermag, so dass er durch das doppelte Band der Kindschaft und Freundschaft ihm verbunden ist; bei Töchtern dagegen ist solches durch die Verschiedenheit des Geschlechtes, bei Enkeln durch die allzugrosse Verschiedenheit des Alters ausgeschlossen. Bezüglich der Art des Accrescirens ergab sich aus der Gleichstellung der Freundschaft und Kindschaft die Theilnahme der übergangenen Kinder an den den eingesetzten Freunden auferlegten Lasten; bezüglich des Verhältnisses der Erbtheile fehlt hier der im Verhältniss zu eingesetzten sui sich ergebende Anhaltspunkt des Intestaterbverhältnisses; indem man es nun hier mit zweierlei Erben zu thun hatte, lag am nächsten die Halbierung der Erbschaft. Da einerseits die testamentarischen Erbesernennungen sich stets und notwendig auf den ganzen Nachlass erstrecken und andererseits für die Annahme eines bestimmten Verhältnisses der mit den eingesetzten extranei concurrirenden sui zu jenen kein Anhaltspunkt vorlag, so traf für die Uebergangenen offenbar die Analogie derer zu, welche neben anderen den Nachlass erschöpfenden Erbesernennungen sine parte zu Erben ernannt sind (L. 17 § 3, 4 de her. inst. 28, 5).

Sind sowol sui als extranei zu Erben eingesetzt, so ist die Concurrenz der Uebergangenen eine doppelte, indem sie sowol mit den eingesetzten extranei zur Hälfte als auch mit den eingesetzten sui pro virili parte concurriren (Paul. III, 4 B, § 8). Dieses unzweideutig bezeugte Resultat ist ein höchst auffallendes dadurch, dass kraft desselben übergangene Töchter und Enkel bedeutend mehr zu erben vermögen als zu Erben ernannte Söhne. Es ist aber ebensowenig ein materiell befriedigendes Resultat, dass in Ermangelung eines sich ergebenden Restes derjenige die Hälfte des Nachlasses erhält, welcher nach Einsetzung einer Reihe von Erben zu bestimmten Theilen ohne Zuweisung eines solchen zum Erben ernannt ist. In beiden Fällen fehlt es eben an jedem anderen Vertheilungsmassstabe, der zur Anwendung zu bringen wäre und rächt sich durch das unangemessene Resultat die Nachlässigkeit des Testators.

Dass sie aber am unschuldigen Erben sich rächt, hat nichts Befremdendes, da der einzige Grund seiner Erbfolge der Wille des Testators und daher die durch diesen ihm zufallende Erbschaft der Schmälerung durch dessen Nachlässigkeit ausgesetzt ist. Dagegen könnte freilich der zum Erben ernannte suus heres einer solchen Schmälerung seines Erbtheils nicht ausgesetzt sein, wenn seine Ernennung eine Bestätigung und nicht vielmehr eine Aufhebung seines Geburtsrechtes in sich enthielte.

Aus dem Bisherigen ergibt sich von selbst, warum die Accrescenz der Töchter und Enkel bei postumi nicht möglich war. Konnten sie von Alters her nicht zu Erben eingesetzt werden, so konnten sie auch nicht als solche behandelt werden, welche der Testator, falls er an sie gedacht hätte, zu Erben ernannt haben würde; vielmehr musste ihre Agnation das Testament ganz ebenso ausnahmslos vernichten, wie ein legatum per vindicationem zusammenfallen musste durch das Erlöschen des durch dasselbe zugewendeten Rechtes. Während aber das Eigenthum der legirten Sache nur zur Zeit des Testamentes und des Todes erforderlich ist, war, falls der suus vor dem Tode des Testators wegfiel, die Nichtigkeit des Testamentes gerade nur bei der Uebergangung eines zur Zeit seiner Errichtung schon vorhandenen Sohnes betritten, während seine Ruptio durch agnatio postumi ausser Frage stand. Es ist dies um so auffallender, da bei der schwachen Lebenskraft neu geborener Kinder gerade beim postumus ein baldiges Wegfallen besonders leicht vorkam und durch die Gleichstellung des weggefallenen mit dem gar nicht zur Existenz gelangten postumus die unter Umständen schwer zu entscheidende Frage vermieden worden wäre, ob der weggefallene postumus überhaupt als Person existirt habe. War aber im Testamente ein zur Zeit schon lebender Sohn übergangen, so konnte es, falls dieser vor dem Tode des Vaters wegfiel, aufrecht erhalten werden als ein unter der stillschweigenden Bedingung seines Wegfalls errichtetes; dagegen liess sich die gleiche Bedingung späteren Wegfalls nicht subintelligiren beim postumus; behandelt durch Praeterition der Vater seinen Sohn als nicht vorhanden, so erscheint bei dem zur Zeit schon vorhandenen aber auch nur bei diesem das Ignoriren

seiner Existenz als Ausfluss entweder der irrthümlichen Annahme ihres bereits erfolgten oder der Erwartung ihres bevorstehenden Wegfalls; man denke nur z. B. an den Fall, dass der Vater eines todtkranken Sohnes unter dessen Uebergehung testirt. Jene Annahme sowol als diese Erwartung lag es nahe, in die Bedingung künftigen Wegfalls zu verwandeln.

Bezüglich der historischen Ausbildung der angegebenen Grundsätze hat Schmidt die Behauptung aufgestellt, dass sie beginne mit der Ruptio des Testamentes durch agnatio postumi und erst die weitere Fortbildung zu den bei der Testamentserrichtung vorhandenen sui heredes geführt habe. Die zeitliche Priorität jener Ruptio leitet er lediglich aus Gründen der Zweckmässigkeit ab; wenn aber das ganze formelle Noterbenrecht (man denke nur an die Accrescenz der Töchter und Enkel neben eingesetzten sui und extranei) nicht den Eindruck der Beherrschung durch Gründe der Utilität macht, so gilt dies ganz besonders von jener Ruptio des Testamentes, von welcher sonst nicht abzusehen wäre, warum sie nicht erst beim Tode des Testators eintritt und durch Ueberleben des postumus bedingt ist. Schmidt selbst hebt hervor, dass Cicero (de or. I, 38) gleich der Ruptio des Testamentes durch agnatio postumi auch den Satz, dass ein Haussohn nicht praeterirt werden dürfe, als feststehend voraussetze (Anm. 41). Was in dem von Cicero erwähnten Fall in Frage stand, war:

Possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

Die rednerische Begründung für die Ungiltigkeit der nicht nominatim erfolgten Enterbung schildert Cicero (l. c. 57) so:

Si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excoitasses; statuisses ante oculos: complexus esset filium, flensque eum centumviris commendasset: lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut totum illud uti lingua nuncupasset non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur.

Man könnte versucht sein aus diesen Worten wenigstens als Ciceros Auffassung zu schliessen, dass das Erforderniss der Exheredation den zwölf Tafeln zuwiderlaufe. Das Testa-

ment war aber mit einer Exheredation verbunden und diese war nur nicht nominatim erfolgt, wie nicht nur die ausdrückliche Betonung gerade dieses Punktes ergibt, sondern ausserdem von Cicero (in den Worten des c. 38: *testamento exheres filius*) ausdrücklich angegeben ist. Hatte aber der Testator seine liberi enterbt, zu denen doch unzweifelhaft der Sohn gehört, so versties es allerdings gegen jenen Zwölftafelsatz wie überhaupt gegen den Geist des alten Rechtes, den Sohn als nicht enterbt anzusehen; denn diese Annahme widersprach direct dem Wortlaute des Testamentes. Hätte das Erforderniss der Exheredation nicht von Altersher festgestanden, wäre es im Widerspruch mit den zwölf Tafeln aus Gründen der *aequitas* oder *utilitas* aufgekommen, so hätte es unmöglich auf die bestimmte der Institutionsform genau correspondirende Form der Exheredation ankommen können; es hätte namentlich zum Ausschlusse von der Erbfolge die Hinterlassung eines Legates genügen müssen.

Ist es aber in keiner Weise das Erforderniss der Exheredation als solcher, dessen Aufstellung Cicero als Gegenstand der Discussion und als Abweichung vom Wortlaute der zwölf Tafeln behandelt, so erstreckt sich andererseits die von ihm angedeutete Sonderstellung des Sohnes nicht bloß auf die Bedingungen der Enterbung, sondern auch auf die Folgen ihrer Unterlassung. Als diejenige Verfügung nemlich, welche dem Sohne gegenüber nominatim erfolgen müsse, bezeichnet Cicero nicht nur die Exheredation, sondern ebenso die Erbeinsetzung, woran die Wortstellung keinen Zweifel lässt, (*quem pater neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*<sup>10</sup>). Liegt aber darin eine Besonderheit bezüglich des Sohnes, so muss es für Töchter und Enkel nicht nur eine Enterbung, sondern ebenso eine Ernennung zu Erben geben, welche nicht nominatim erfolgt, und unter dieser ist nichts

---

10) Wenn Cicero neben der Enterbung der Erbeinsetzung gedenkt als eines Actes, durch welchen man *paternorum bonorum exheres* werden kann, so bezeugt er damit, dass auch in der *heredis institutio* eine Enterbung liegen kann, denkt aber wol nicht an die in jeder Erbesernennung enthaltene Negation des Geburtserbrechtes, sondern an die Verkürzung des Sohnes durch Ernennung zum Partialerben.

anderes zu verstehen als ihre demnach schon von Cicero bezeugte *Accrescenz* neben den eingesetzten Erben. Und zwar ist es derselbe Punkt, von dem aus man beim Sohne zum Erfordernisse einer *exheredatio nominatim facta* und bei den übrigen *liberi* zur Möglichkeit einer nicht *nominatim* erfolgten Erbeinsetzung gelangte. Bezüglich des Sohnes liess man die blos generische *Exheredation* nicht gelten, weil er möglicher Weise dem Testator nicht als *species* des enterbten *genus* gegenwärtig gewesen; bei den Töchtern und Enkeln dagegen begnügte man sich einerseits mit generischer Enterbung und leitete andererseits aus ihrer Angehörigkeit zum *genus* der *sui heredes* das Verhältniss ab, in welchem der Testator, falls er an sie gedacht hätte, sie zu Erben ernannt haben würde; daher die Verschiedenheit ihrer *Accrescenz* gegenüber den Erben desselben und denen eines anderen *genus*.

Dass dieses *Accrescenzerbrecht* kein von Alters her überkommenes ist, würde aus seiner Eigenschaft als *Product* der Jurisprudenz sich noch nicht ergeben, ergibt sich aber daraus, dass der Gedanke übergangene Personen als Eingesetzte zu behandeln in die alte Zeit absoluter Herrschaft der Form und des Wortes nicht zurückreichen kann.

Bestritten ist, ob das Aufkommen jenes *Accrescenzrecht*es der *lex Voconia* vorangegangen oder nachgefolgt sei<sup>11)</sup>. Sein Aufkommen lässt sich nicht denken ohne die Möglichkeit testamentarischer Einsetzung der betreffenden Personen zu Erben; die *lex Voconia* aber hat der herrschenden Ansicht zufolge diese Möglichkeit für jeden wolhabenden Testator gänzlich beseitigt. Gerade jenes *Accrescenzrecht* aber, meint Schmidt, habe den Ausschluss der Töchter von der eigentlichen testamentarischen Erbfolge erträglich gemacht. Geradezu unmöglich ist es nun freilich nicht, dass das Gesetz, indem es die wirkliche Erbeinsetzung ausschloss, die

---

11) Von der *lex Voconia* überhaupt sowie insbesondere nach den hier in Betracht kommenden Seiten handeln unter den Neueren am Besten Savigny *Verm. Schr.* I, 407 ff (1820 mit einem Zusatze von 1849), Bachofen, die *lex Voconia* (1843; dazu Theodor Mommsens *Recension* in *Richters Jahrb.* XVII. S. 7 ff) und Vangerow *Ueber die lex Voconia* (Heidelberger Programm 1863).

Behandlung übergangener Töchter als quasi scriptae bestehen liess. Kaum glaublich ist es aber, dass der Gesetzgeber in dieser quasi-testamentarischen Erbfolge ein Correctiv gegen die bedenklichen Folgen erblickt hätte, mit welchen sonst der Ausschluss der testamentarischen Erbfolge verbunden gewesen wäre. Wer diesen gegenüber des Trostes bedurft hätte, dass diejenigen, welche ausdrücklich zu Erben einzusetzen nicht mehr möglich war, doch noch im Falle ihrer Uebergangung eingesetzten Erben gleich geachtet werden sollten, der wäre überhaupt nicht dazu gelangt jenen Ausschluss von der testamentarischen Erbfolge anzuordnen. Ohnedies ist es ja ein ganz anderes Correctiv, durch welches der Gesetzgeber der sonst in der Versagung der testamentarischen Erbfähigkeit enthaltenen allzugrossen Verkürzung des weiblichen Geschlechtes entgegentrat: in Wirklichkeit lag ein solches darin, dass die lex Voconia für die ihr unterliegenden Erbschaften die äusserst enge durch die lex Furia eingeführte Begrenzung der Legate aufhob.

Nehmen wir zunächst mit der herrschenden Meinung an, dass die lex Voconia in den von ihr betroffenen Testamenten keinerlei Erbeinsetzung eines Weibes geduldet habe, so ist sicher, dass unter ihrer Herrschaft das Accrescenzrecht der Töchter nicht aufkommen konnte; unmöglich konnte der Gedanke, eine im Testamente übergangene Tochter gleich einer zur Erbin eingesetzten zu behandeln, sich Bahn brechen zu einer Zeit zu welcher ihre wirkliche Einsetzung zur Erbin unmöglich war. Hat aber die lex Voconia jenes Accrescenzrecht der Töchter vorgefunden und hat sie es für weibliche Hinterbliebene trotz der Aufhebung ihrer testamentarischen Erbfähigkeit bestehen gelassen; so beruhte dies darauf, dass jene quasitestamentarische Erbfolge nicht sowol um ihrer selbst willen als — im Gegensatze zu der bei Uebergangung des Sohnes platzgreifenden Nichtigkeit des Testamentes — im Interesse möglichster Aufrechterhaltung des Testamentes statuirt war; hätte man die übergangene Tochter nicht als quasi scripta behandelt, so wäre das Testament nichtig gewesen und diese Nichtigkeit wäre in der Mehrzahl der Fälle gerade jener Tochter zu Gute gekommen, indem sie dieselbe von der Concurrenz anderer Erben und der Belastung

durch Legate befreit hätte. Dem Geiste des Voconischen Gesetzes hätte es aber aufs Entschiedenste widersprochen aus der von ihm statuirten Beschränkung der Weibererbfolge Consequenzen abzuleiten, durch welche vielmehr die Erbfolge weiblicher Verwandter von einer sonst ihr anhaftenden Beschränkung frei geworden wäre. Erklärt sich aber daraus die Erhaltung jener quasi-testamentarischen Erbfolge, so fordert derselbe Umstand auch die Möglichkeit testamentarischer Erbinsetzung von Intestaterbinnen. Nicht nur wäre es der *ratio iuris* zuwider, dass eine Person, die auch ohne Ernennung zum Erben einem wirklich ernannten gleich geachtet wird, nicht sollte zum Erben ernannt werden können; sondern es würde der *ratio legis* geradezu ins Gesicht schlagen, wenn ein Rechtssatz, dessen einziger Zweck es war, der Ansammlung von Reichthümern in weiblichen Händen entgegenzuarbeiten, auch da gelten sollte, wo er das entgegengesetzte Resultat bewirkte. Die Berufung auf die *lex Voconia* darf nicht den Erfolg gehabt haben, dass die zur Erbin ernannte Tochter oder sonstige Verwandte als Intestaterbin frei wird von der Last der ihr auferlegten Vermächtnisse, oder dass sie wegen der Ungiltigkeit ihrer Erbinsetzung den übrigen Erben als quasi-scripta zu einem grösseren als dem im Testamente ihr zugewiesenen Theile *accrescirt*. Die *lex Voconia* verordnete:

*ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.*

Dass es der Wortlaut des Gesetzes war, welcher das *heredem facere* verbot, bezeugt Cicero (in *Verr. I*, 42) ausdrücklich, wenn er sagt: *in lege Voconia non est fecit, fecerit*. Was lag aber näher als anzunehmen, dass nur derjenige durch Einsetzung zum Erben gemacht wird, welcher nicht auch ohne sie Erbe wird?

Das Gegentheil beweist nicht die Aeusserung des Gaius (II. 274):

*Mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fidei commissio relictam sibi hereditatem capere potest.*

Sagt doch damit Gaius, welcher hier gar nicht *ex professo* von der *lex Voconia* handelt, keineswegs notwendig, dass jede Frau von der testamentarischen Einsetzung zur Er-



V. Das Noterbenrecht der sui heredes und die lex Voconia. 111 u-

bin eines Wolhabenden ausgeschlossen sei. Wenn aber Asconius (zu Cic. in Verr. I, 41) gerade der Tochter gedenkt, die man nicht dürfe heredem relinquere, so ist die Annahme, dass hier nicht von einer sua die Rede sei, durch das gebrauchte Verbum speciell nahe gelegt; konnte doch kaum der nächsten Intestaterbin gegenüber ein Verbum gebraucht werden, welches keineswegs ausschliesslich die testamentarische Hinterlassung von Erben umfasst<sup>12)</sup>.

Nehmen wir aber an, dass die Intestaterbin auch zur testamentarischen Erbin ernannt werden konnte, so war doch ihre Ernennung nur möglich in einem die Intestaterben als solche, also sämtliche Intestaterben einsetzenden Testamente und die Einsetzung konnte im Verhältniss zu den übrigen Intestaterben das Mass nicht überschreiten, in dem die Eingesezte neben jenen ab intestato zur Erbin berufen war; überschritt sie es, so erfolgte ihre Reduction auf jenes Mass. War aber mit der Einsetzung einer Tochter die Enterbung anderer liberi verbunden, so war diese ungiltig; konnten Frauen nicht zu einer ab intestato ihnen nicht gebührenden Erbschaft be-

12) Dasselbe gilt von der vielbesprochenen Stelle des Cicero (rep. III, 10, 17.) Wird hier gefragt: cur enim pecuniam non habeat mulier, ist also hier die mulier bezeichnet als ausgeschlossen nicht etwa nur vom bestimmten Erwerbegrunde des Testamentes, sondern vom Erwerbe als solchem, so kann überhaupt nur an den Erwerb eines solchen Nachlasses gedacht sein, der nicht auch ab intestato der mulier zufällt. Ist die Rede von dem einer Tochter dem Nachlasse ihres Vaters gegenüber zugänglichen habere, so ist es nicht willkürlich, sondern notwendig, an solche Töchter zu denken, welche nicht mehr suae sind, da der sua selbst dann, wenn sie nicht zur Erbin eingesetzt werden könnte, doch das habere des väterlichen Nachlasses als solches schlechthin möglich ist. Mit Recht bemerkt Mommsen (a. a. O. S. 9): „Es ist unglaublich, welche Suppositionen man in diese Stelle hineingetragen hat“; mit Recht sagt er: „offenbar muss die Lage beider Väter ganz gleich gedacht werden“; wenn er aber seinerseits in die Stelle hineinträgt, dass sie für den von ihr behandelten Fall nur die Möglichkeit unbeschränkten testamentarischen Habens verneinen wolle, so ist auch diese Supposition überflüssig; wird hier vielmehr eine für die Intestaterbfolge nicht bestehende Erwerbsbeschränkung der Töchter als eine solche behandelt, welche im concreten Falle unbedingt zutrifft, so muss dieser Fall ein solcher sein, in welchem die Tochter zur Intestaterbfolge nicht berufen ist.

rufen werden, so konnten auch nicht andere zu ihren Gunsten enterbt werden. Die Enterbten waren also in Wirklichkeit, weil ungiltig enterbt, praeterirt, so dass bezüglich des Testamentes die Folgen der Praeterition — Nichtigkeit bezw. Accrescenz — eintraten. Ebenso musste aber das Testament nichtig sein, wenn eine neben anderen Geschwistern intestaterbberechtigte Schwester zur Erbin eingesetzt wurde, ohne dass ihre sämtlichen Geschwister gleichfalls zu solchen ernannt waren.

Gleich dem formellen Noterbenrechte tritt als Zeuge für die testamentarische Erbfähigkeit der Intestaterbinnen auch ihr Pflichttheilsrecht auf, und dieses um so schlagender, da sein Aufkommen in eine längst von der lex Voconia beherrschte Zeit fällt. Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 740 ff.) hat ausgeführt, dass das Pflichttheilsrecht ursprünglich ein Pflichterbrecht gewesen d. h. der Anschauung entsprungen sei, dass es Pflicht sei seine nächsten Verwandten zu seinen Erben zu ernennen und dass nur von der Erfüllung dieser Pflicht der Testator sich habe loskaufen können durch anderweitige Hinterlassung des Pflichttheils. Diese Auffassung wird geradezu bewiesen durch ein von Brinz nicht hervorgehobenes Moment, nemlich durch den bisher noch nicht erklärten Zusammenhang des Pflichttheils mit der Quarta Falcidia. Ging der Anspruch des Pflichterben auf Einsetzung zu seinem Intestaterbtheile, konnte er aber abgefunden werden durch anderweitige Hinterlassung des durch solche Einsetzung ihm zufließenden Vermögens, so betrug dieses für den Fall der äussersten nach der lex Falcidia zulässigen Belastung der Erbportion genau seinen Pflichttheil; in ihm hatte er genau dasjenige, was er nach der lex Falcidia haben musste, wenn er zu seinem Intestaterbtheile Testamentserbe war.

Mit diesem Pflichttheilsrechte nun hängt ohne Zweifel die Voconiana razione (Paul. IV, 8. §22) erfolgte Beschränkung des weiblichen Intestaterbrechtes auf consanguineae zusammen. Sollten mulieres nicht durch die Willkür eines reichen Testators zu seinen Erben gemacht werden, so mochte sich der Gedanke aufdrängen, dass auch der Intestaterbe der Willkür des Verstorbenen seine Erbschaft verdankt, sofern in jener die Einsetzung anderer zu seinen Erben lag. Die Ausdehnung der lex Voconia

auf Intestaterbschaften war also ganz analog der ausdehnenden Anwendung eines Veräußerungsverbotes auf Ereignisse, welche wie die Ersitzung zwar nicht durch willkürliche Handlung eintreten, wol aber durch solche ausgeschlossen werden können. Es ergab sich daraus der Ausschluss der Frauen auch von der Intestaterbfolge mit Ausnahme derjenigen Erbschaften, welche ihnen zu hinterlassen Pflicht des Verstorbenen war; indem das Intestaterbrecht der Frauen nicht ultra consanguinitatis gradum reicht, reicht es genau so weit als ihr Pflichterbrecht.

Schliesslich werfen wir noch einen Blick auf die Bestimmung der lex Voconia über Legate, aus welcher man schon die Accrescenz übergangener liberi zur Hälfte hat ableiten wollen. Durch jene Accrescenz soll nemlich den Praeterirten das Maximum desjenigen zugekommen sein, was ihnen durch Legate hätte zugewendet werden können; wie der Pflichttheil das Minimum dessen ist, was der seine Intestatportion Erbende bekommt, so wäre die Erbportion der Accrescirenden das Maximum dessen was einer, ohne Erbe zu sein, bekommen kann. Ist aber schon nicht abzusehen, wie man hier gerade auf das Maximum des durch Legat zuzuwendenden hätte verfallen sollen, so wäre es auch ein unerklärlicher Widerspruch, wie die Praeterirten das Maximum desjenigen, was ihnen zugewendet werden konnte, ohne sie zu Erben einzusetzen, gerade als Erben bekommen sollten; anstatt als quasi scripti heredes zu gelten hätten sie vielmehr als Quasilegatare behandelt werden müssen. Ein ähnlicher Gegensatz wie zwischen der Behandlung praeterirter Söhne und anderer Kinder besteht zwischen der justinianischen Behandlung der gänzlichen und partiellen Pflichttheilsverletzung; erfolgt aber dort die Abwendung der Nichtigkeit des Testamentes durch Behandlung der Uebergangenen als Eingesetzter, so erfolgt hier die Abwendung seiner Cassation durch Behandlung der Verletzten als solcher, denen ihr Pflichttheil durch Vermächtniss zugewendet ist. Endlich ist es aber auch gar nicht richtig, dass der Erbtheil der unter Einsetzung Fremder Praeterirten mit dem Maximum desjenigen zusammenfalle, was ihnen durch Legat hätte zugewendet werden können; denn bekommen jene zusammen die Hälfte der

Erbschaft, so konnte durch Legat jedem Einzelnen so viel zugewendet werden als die Erben behielten. Dass auf den ersten Blick diese letztere Bestimmung befremdet, dass man eher eine Gleichstellung entweder des einzelnen Legatars mit dem einzelnen Erben oder aber sämtlicher Legatare mit der Gesamtheit der Erben erwartet, das berechtigt uns nicht zur Verwerfung des als Inhalt des Gesetzes unzweideutig Bezeugten<sup>13)</sup>: Das Auffallende der Sache verschwindet aber auch, sobald wir an die *partitio legata* denken, welche ohne Zweifel die lex Voconia im Auge hatte. Indem das Gesetz die Einsetzung bestimmter Personen zu Erben verbot, gestattete es dagegen den Erben die Theilung der Erbschaft mit anderen aufzuerlegen; es sollte aber den Erben nicht mehr als die Theilung zu gleichen Theilen auferlegt werden können. Der einzelne Legatar soll also dem einzelnen Erben nicht mehr abnehmen können als dieser behält. Soll nach der lex Voconia durch sonstigen Erwerb von Todeswegen nicht mehr erlangt werden können als durch den erbschaftlichen Univer-

---

13) Anderer Meinung ist allerdings Th. Mommsen a. a. O. S. 11. Dass Gaius II, 226 und Theoph. II. 22 pr. sich nicht anders verstehen lassen, gibt er zu, findet aber bei Cicero bezeugt, dass die Gesamtheit der Legate die Hälfte des Nachlasses nicht habe übersteigen dürfen. Er beruft sich auf

a) in Verr. I, 43, 110: *si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam... non licet*; dass aber die Worte *plus legarit* nicht auch auf die Höhe des einzelnen Legates bezogen werden könnten, hat er nicht dargethan,

b) „die Angabe, dass es vor der Voconia erlaubt war *maio rem partem pecuniae legare* (Cic. de leg. II, 20, 49)“; an dem angeführten Orte ist aber gerade aufs Bestimmteste von einem Einzelnen die Rede, welchem *maior pars pecunia legata est*.

c) Die Worte (l. c. 19, 48) *tantundem capere quantum omnes heredes* und ähnliche, welche Mommsen gleichfalls für sich anführt, gehen nicht nur an den betreffenden Stellen auf einzelne Capienten, sondern auch rein sprachlich ist es auf den einzelnen Capienten zu beziehen, wenn nach Mommsens eigener Angabe das Gesetz jedes *capere* verbot, welches das der Erben überstieg; dadurch dass einer Mehrzahl von Capienten zusammen mehr vermacht ist, als die Erben behalten, bekommt niemand mehr als die Erben, vollzieht sich keinerlei den Erwerb der Erben übersteigende *capio*.

salerwerb, jedoch so dass das Mass des dem einzelnen möglichen anderweitigen Erwerbes gegeben ist durch das Mass des der Gesamtheit der Erben verbleibenden Erwerbes, so ist diese Bestimmung ein deutlicher Protest gegen die Anschauung so vieler Neuerer, dass auch der Theilerbe zur ganzen Erbschaft berufen und nur durch die Concurrenz seiner Miterben auf einen Theil eingeschränkt sei; denn unter dieser Voraussetzung hätte die Beschränkung anderweitigen Erwerbes auf das Mass des durch Universalsuccession eintretenden als Maximum das dem einzelnen Erben Verbleibende ergeben; ist dagegen der einzelne Erbe nur zum Theile Erwerber der Erbschaft, so ergab das Princip, dass auf anderem Wege nicht mehr erworben werden soll als im einzelnen Falle durch 'Gesamtnachfolge erworben wird, dem blos partiellen Gesamtnachfolger gegenüber, dass zwar ihm von keinem anderen mehr genommen werden kann als er behält, dass aber vermöge der gleichen seinen Miterben gegenüber möglichen Concurrenz zu gleichen Theilen der Gesamterwerb eines Legatars den seinigen um so viel übersteigen konnte als die Gesamtheit der Erbschaft seinen Erbtheil übersteigt. So hat diese Beschränkung der lex Voconia einen ganz anderen Character sowol als die ältere der lex Furia wie als die schliessliche der lex Falcidia. Weder beschränkte die lex Voconia gleich der lex Furia den Legatar auf ein bestimmtes Quantum des Erwerbes noch sicherte sie gleich der lex Falcidia den Erben eine bestimmte Quote des Nachlasses. Indem sie aber gewisse Personen von der testamentarischen Erbfolge ausschloss, musste sie zugleich dafür sorgen, dass nicht durch anderweitige Zuwendung der praktische Effect erreicht würde, welchen sie verhindern wollte. Ein solcher Effect war aber nicht schon der theilweise, sondern nur der gänzliche Erwerb des Nachlasses durch eine von der testamentarischen Erbfolge ausgeschlossene Person <sup>14</sup>). Mit Hilfe der den Römern auch sonst ge-

---

14) Das Gegentheil beweist natürlich nicht der Umstand, dass jede Ernennung solcher Personen zu Erben verboten war, da auch die nur pro parte erfolgte Erbeinsetzung leicht zum Erwerb des gesamten Nachlasses führen konnte.

läufigen Anschauung, dass die maior pars kein bloßer Theil mehr ist, ergab sich daraus die Beschränkung des dem einzelnen Legatar möglichen Erwerbes auf die Hälfte des Nachlasses. Erfolgte aber der Ausschluss des weiblichen Geschlechtes von der testamentarischen Erbfolge um des durch diese sich vollziehenden Vermögenserwerbes willen, sah also das Gesetz im Erben wesentlich den Vermögenserwerber, so war es dem gemäß den Legatar nicht nur vom Erwerbe der maior pars im absoluten Sinne, sondern auch der Gesamtheit der Erben oder den Erwerbern des Vermögens als solchen gegenüber vom Erwerbe einer maior pars auszuschließen; wie der Legatar als ein vom Universalerwerbe des Nachlasses ausgeschlossener nicht mehr als die Hälfte seines Betrages sollte erwerben können, so sollte er auch nicht mehr erwerben können als die Universalerwerber des Nachlasses behielten — damit nicht derjenige Erwerb, welcher auf den ganzen Nachlass sich nicht zu erstrecken vermag, den Gesamterwerb des Nachlasses an Umfang übertreffe. So erklärt sich die Vielen so anstößige Beschränkung des einzelnen anderweitigen Erwerbes auf das Mass des Gesamterwerbes der Erben. Wer nicht den Nachlass als solchen und darum nicht über die Hälfte desselben erwerben konnte, der sollte auch nicht mehr erwerben als die Universalerwerber des Nachlasses; der Vermögenserwerb des Legatars erschien als eine Ausnahme von der Regel des erbschaftlichen Vermögenserwerbs, und das Gebiet der einzelnen Ausnahme sollte nicht weiter reichen als das Gebiet der Regel, wodurch das Verhältniss von Regel und Ausnahme umgekehrt würde.

Wenn die lex Voconia bezeichnet wird als ein Gesetz, kraft dessen man Frauen nicht mehr als die Hälfte des Nachlasses habe hinterlassen können (Quintilian Decl. N. 264), so ist damit zwar nicht der unmittelbare Inhalt des Gesetzes aber ein von ihm gewolltes und bewirktes Resultat richtig angegeben, da jene Hälfte das absolute Maximum dessen ist, was nach ihm auf anderem Wege als durch Erbfolge erworben werden konnte; daraus ergibt sich aber auch, dass wenn die Rede ist von einem Maximum des nach der lex Voconia einer bestimmten Person überhaupt zugänglichen, diese Person dadurch characterisirt ist als eine nicht zur Intestaterbfolge Berufene, dass

also die wenn gleich nirgends ausdrücklich bezeugte Annahme testamentarischer Erbfähigkeit der Intestaterbinnen nicht sowohl eine willkürliche als eine notwendige ist. Wenn sodann das Gesetz auch bezüglich der Legate als ein speciell das weibliche Geschlecht betreffendes bezeichnet wird (Cic. rep. III, 10), so braucht es darum nicht eine Specialbestimmung bezüglich der Bedenkung von mulieres mit Legaten enthalten zu haben; denn nicht nur hatte in Verbindung mit ihrem Ausschlusse von der Erbfolge die Bestimmung über das Maximum der Legate für sie den besonderen Sinn, dass sie überhaupt die Möglichkeit des Erwerbes von Todeswegen für sie beschränkte, sondern es lag auch in ihrem Ausschlusse von der Erbfolge das Motiv für jene Bestimmung bezüglich der Legate nach der doppelten Richtung, dass um ihretwillen einerseits die Beschränkung der lex Furia aufgehoben und andererseits der Erwerb des Legatars in ein bestimmtes Verhältniss zum erbschaftlichen Erwerbe gesetzt wurde.

Dass aber eine zunächst um ihretwillen getroffene Bestimmung doch nicht auf sie beschränkt wurde, ist erklärlich genug. Sollte für den Ausschluss der Erbfolge die Erweiterung des Erwerbs durch Legate einen Ersatz bilden, so war doch kein Grund vorhanden von dieser Erweiterung diejenigen auszuschliessen, denen durch Erbeinsetzung der ganze Nachlass zugewendet werden konnte; wurde die Beschränkung der lex Furia aufgehoben für solche Personen, deren Erwerb von Todeswegen das Gesetz einer besonderen Beschränkung unterwerfen wollte, so musste dasselbe um so mehr gelten von denjenigen Personen, auf welche die besonderen Beschränkungen des weiblichen Geschlechtes sich nicht bezogen.

---

## VI. Die legitima hereditas.

Es klingt paradox, wenn wir die Erbfolge der Agnaten und Gentilen für denjenigen Theil des altrömischen Erbrechts erklären, welcher dem Verständnisse die grössten Schwierigkeiten entgegenstellt. Wenn die Erbfolge in der Einheit der familia wurzelt und wenn diese Einheit nach ihrer Auflösung durch den Tod des pater familias durch die rechtliche Bedeutung der Agnation unter denjenigen fortwirkt, welche, falls der pater familias noch lebte, derselben familia angehören würden: was scheint natürlicher als dass dieses Fortwirken der durch keinen Rechtsact, sondern durch den äusseren Zufall des Todes aufgelösten Einheit auch auf die Erbfolge sich erstreckt? Ist der ursprüngliche Erbe derjenige, welcher bis zum Tode der familia des Verstorbenen angehört, so entspricht es nur dem Verhältnisse der Agnatschaft zur familia i. e. S., dass in zweiter Linie zur Erbschaft berufen sei, wer mit dem Verstorbenen verbunden ist durch gemeinschaftliches Hervorgehen aus einer durch den Tod ihres Hauptes der Vergangenheit angehörigen familia. So naturgemäss aber dieser Gedanke erscheint, so wenig entspricht ihm die wirkliche Gestalt der Agnatenerbfolge. Die Anwartschaft der Familie auf den Nachlass ihrer Glieder, welche sich dadurch realisiren würde, könnte zwar wol eine solche sein, welche der stärkeren Macht des allgemeinen und des von diesem anerkannten individuellen Willens weicht; unbegreiflich aber wäre es, dass die Erbfolge der Agnaten selbst durch eine nur partielle Verfügung über den Nachlass



gänzlich ausgeschlossen ist<sup>1)</sup>). Unerklärlich wäre es ferner, dass die Erbfolge der Agnaten durch das Princip der Gradesnähe und nicht durch das der Parentel beherrscht ist. Reiht sich an die Erbfolge der vom Verstorbenen Abstammenden die Erbfolge der gemeinsam mit ihm von einem Dritten Abstammenden, so erwartet man als entscheidend für die Erbfolgeordnung die Nähe jenes gemeinsamen Stammvaters. Auf die eigenen Kinder müssten die des Vaters folgen, auf diese die des Grossvaters und so weiter, und wenn unter den eigenen Kindern nach Stämmen geerbt wird, so würde jeder Grund fehlen, weshalb die Kinder verstorbener Ascendenten nicht gleichfalls nach Stämmen erben sollten. Sollen die Agnaten erben als diejenigen Personen, welche ohne den Tod des gemeinsamen Stammvaters durch Einheit der familia mit dem Verstorbenen verbunden wären, so ist es allein consequent, dass sie in demselben Verhältniss zu einander erben, in welchem sie erben würden, wenn jene Einheit der familia noch wirklich bestünde. Würde nun z. B. der Vater des kinderlos Verstorbenen zur Zeit seines Todes noch gelebt haben, so wäre das Vermögen des Verstorbenen als Vermögen seines Vaters nach dessen Tode an seine sui heredes nach Stämmen gefallen; neben dem überlebenden Bruder des Verstorbenen würden die Kinder eines vorverstorbenen Bruders geerbt haben und die Kinder verschiedener vorverstorbenen Brüder würden sich nach Stämmen in die Erbschaft getheilt haben. Unmöglich erscheint dem gegenüber das Vorabsterben des Vaters als hinreichender Grund, um neben Brüdern die Kinder vorverstorbenen Brüder auszuschliessen und um in Ermangelung von Brüdern die Neffen anstatt nach Stämmen nach Köpfen erben zu lassen. Ebenso unbegreiflich aber wäre der Satz, dass in legitimis hereditatibus successio non est (Gai. III, 12. Ulp. XXVI, 5); ist doch das Hervorgehen aus derselben familia allen Agnaten gemeinsam, so dass nur ein Vorzugsrecht des näher Verwandten und nicht auch der Ausschluss des Entfernteren durch den nachher weggefallene-

---

1) Der Satz, dass *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, wird seine specielle Beleuchtung in einem eigenen Abschnitte (IX) finden.

nen Näheren begreiflich scheint. Ebenso unerklärt bleibt endlich die Befugniss des nächsten Agnaten durch in iure cessio einen Dritten zum Erben zu machen (Gai. II, 35). Dass dieselbe mit dem Fehlen einer successio unter den legitimi heredes zusammenhängt, hat man längst erkannt; jene Befugniss ist nur denkbar, wenn das Gesetz nicht für den Fall, dass der nächste Agnate nicht Erbe wird, einen entfernteren beruft. Mehr jedoch als Bedingung der Möglichkeit ist das Fehlen der successio nicht für die in iure cessio. Wenn andere in jener den eigentlichen Grund dieser erblicken, indem die in iure cessio als eine Art Ersatz für die mangelnde successio eingeführt worden sei: so ist dabei übersehen, dass keine ausdrückliche Satzung die successio graduum ausschloss, dass mit den Worten des Gesetzes sie aufs leichteste sich vereinigt hätte durch Auffassung des proximus agnatus als des jeweilig nächsten und dass daher für ein den Ausschluss der successio missbilligendes Rechtsbewusstsein es viel näher gelegen hätte dieselbe zuzulassen als ihrer Wirkung entgegenzutreten durch willkürliche Zulassung der in iure cessio.

Hätte das Gesetz gleich dem Testamente dem von ihm Berufenen erklärt heres esto, so wäre er unstreitig nur zur eigenen Erbfolge und nicht dazu berufen gewesen durch Abtretung der Erbschaft einen Dritten zum Erben zu machen. Schwerlich ist es daher Zufall dass der Aufruf des Gesetzes vielmehr lautete: familiam habeto. Diese Wendung mit den Worten heres esto für identisch zu halten verbietet schon der Umstand, dass die zwölf Tafeln in demselben Satze, in welchem sie des suus heres gedenken, den Agnaten zum heres zu ernennen vermeiden, was auf einen absichtlichen Wechsel des Ausdruckes und damit auf eine Verschiedenheit der dem proximus agnatus zugewiesenen Stellung von der eines heres schliessen lässt.

Es fragt sich aber, in welchem Sinne damit für den nächsten Agnaten die hinterlassene familia als Object seines Habens bezeichnet ist. Wird sie durch ihren Erwerb zu einem integrierenden Theile der familia des Erwerbers, bildet sie also als erworbene kein eigenes Object eines besonderen Habens: so kann die an ihr als einem eigenen Objecte dem nächsten Agnaten eingeräumte Herrschaft nur die der recht-

lichen Verfügung sein; er soll sie haben oder ihr Herr sein in dem Sinne, dass von seinem Willen ihr Schicksal abhängt. Seinem Entschlusse ist es anheimgegeben ob die familia erlöschen, ob sie als die seinige oder als die eines Dritten, dem er sie abtritt, fortexistiren soll. Ist er es, von dessen Willen das Schicksal der familia abhängig gemacht wird, so liegt darin unmittelbar das Doppelte, dass er einmal nicht nur durch Antretung, sondern ebenso durch Abtretung der Erbschaft über sie verfügen kann, und dass sodann die Unterlassung sowol der Antretung als der Abtretung das Schicksal der familia gleichfalls entscheidet, indem dadurch ihre fernere Existenz negirt wird; denn ist von meinem Willen die Fortexistenz der familia abhängig gemacht, so entscheidet die Unterlassung meiner Entscheidung für ihre Fortexistenz ihr Erlöschen; ob meine Unterlassung ihre Fortexistenz positiv verneint oder nur nicht bejaht, lässt sich nicht unterscheiden.

An sich ist dadurch, dass jemand ohne Hinterlassung eines Testamentes oder eines *suus heres* verstirbt, sein Nachlass seinen Gläubigern beziehungsweise jedem Occupanten preisgegeben; ist er aber dies nicht durch einen Willensact des Verstorbenen, sondern lediglich dadurch, dass ein letzter Wille nicht geäußert oder der von ihm geäußerte letzte Wille nicht zur Realisirung gelangt ist: so kann die Erblosigkeit noch abgewendet werden durch einen fremden den des Verstorbenen ersetzenden Willen. Ein solcher Wille ist nun aber nach den zwölf Tafeln nicht etwa der des *populus* oder des Gesetzes, sondern kraft gesetzlicher Ermächtigung der des *proximus agnatus*. Wer Erbe des Verstorbenen wird und ob überhaupt noch eine Beerbung desselben eintritt, ist dem Gesetze gleichgiltig; sonst könnte es nicht eine Bestimmung treffen, welche in keiner Weise die Abwendung der Erblosigkeit sicher stellt; gleich einem sorgsamem auf Sicherung seiner testamentarischen Beerbung bedachten Testator müsste es durch Substitutionen Vorsorge treffen für den Fall, dass die in erster Linie von ihm ausersehenen nicht Erben werden. In Wirklichkeit überlässt es dem *proximus agnatus* die Entscheidung darüber, ob und durch wen der Verstorbene noch beerbt werden soll; von seiner Intervention

macht es den Eintritt der Beerbung abhängig; intervenirt er nicht, so ist diese unwiderruflich ausgeschlossen und der Nachlass, falls er nicht Gläubigern verfallen ist, jedem Occupanten preisgegeben.<sup>2)</sup> Durchaus willkürlich ist die Annahme, dass die Berufung der Gentilen nicht nur beim Fehlen aller Agnaten, sondern auch dann statffinde, wenn der proximus agnatus von seiner Berufung keinen Gebrauch gemacht hat; das Princip, dass in legitimis hereditatibus successio non est, schliesst die nachfolgende Berufung der Gentilen ebenso gut aus als die nachfolgende Berufung fernerer Agnaten. Ohnedies sind ja die Gentilen von den Agnaten nicht generisch verschieden; sie sind mit Savigny (Vermischte Schr. V, S. 17) zu reden, „so entfernte Verwandte, dass ihre Verwandtschaft nicht mehr durch den Stammbaum, sondern nur durch den gleichen Geschlechtsnamen bewiesen werden kann, so dass von der Nähe des Grades dabei keine Rede sein kann.“ Ihre Berufung ist daher derjenigen der Agnaten schlechthin gleichartig, wesshalb auch sie zu gleichen Theilen zur Verfügung über die familia berufen sind.

Wenn aber so das Intestatgesetz nicht sowol den Willen des Verstorbenen durch den allgemeinen Willen ersetzt als vielmehr seine Ersetzung durch den Willen anderer Individuen zulässt, so beruht die Berufung zu dieser Ersetzung auf dem individuellen Zusammenhange beider Personen. Wäre die Gentilverbindung eine wesentlich politische auf künstlicher Eintheilung des populus beruhende, so wäre nicht abzusehen, warum nicht in Ermangelung von Gentilen die diesen durch das Gesetz ertheilte Vollmacht den Curialen, den Tribulen

2) Unter der Bezeichnung der „erbrechtlichen Intervention“ hat Kuntze (Excuse 2. Aufl. 616 ff.) die usucapio und die in iure cessio hereditatis zusammengefasst. Die Zusammenstellung beider Institute liegt für denjenigen, der an eine Ersetzung der Erbfolge glaubt, nahe genug; gerade die Zusammenstellung Beider ist aber geeignet diesen Glauben wanken zu machen, denn zwischen beiden besteht keineswegs derjenige Parallelismus, welchen ihre Zusammenstellung voraussetzt. Insbesondere wäre es unerklärlich, dass dem testamentarisch zur Erbschaft Berufenen gegenüber, welcher die Erbfolge doch nicht abzutreten vermochte, ihre Ersetzung möglich gewesen sein sollte. Die nähere Betrachtung der pro herede usucapio folgt im nächsten Abschnitte.

oder der Gesammtheit der Bürger zukommen sollte<sup>3)</sup>. Der Gentilverband ist aber dem Verbande der Bürgerschaft und ihrer einzelnen Abtheilungen nicht gleichartig; er unterscheidet sich von jenen politischen Abtheilungen dadurch, dass er auf der wenngleich im einzelnen Falle vielleicht nur vorausgesetzten oder gar fingirten Einheit der Abstammung beruht. Wer nun weder einen letzten Willen noch irgend welche Verwandte hinterlassen hat, dessen eigene Individualität ist gänzlich erloschen. Wie aber die eigene Individualität in derjenigen der Nachkommen fortwirkt, so beruht sie selbst auf derjenigen der Vorfahren. Wirkt nun in den Nachkommen seiner eigenen Vorfahren zwar nicht unmittelbar die eigene Individualität des Verstorbenen, aber eine solche fort, in welcher die des Verstorbenen wurzelte, so erscheinen ausschliesslich sie berufen den erloschenen Willen des Verstorbenen durch den ihrigen zu ersetzen; lebt in ihnen eine Individualität fort, die auch im Verstorbenen gelebt hatte, so verfügt ihr Wille, indem er über die familia des Verstorbenen verfügt, über die Ueberbleibsel eines Daseins welches zwar dem ihrigen gegenüber ein selbständiges war, aber jetzt diese Selbständigkeit verloren hat und nicht mehr auf Grund seiner erloschenen Selbständigkeit, sondern nur noch auf Grund seines Ursprungs aus der Wurzel ihres eigenen Daseins fortgesetzt werden kann. Diese Fortsetzung erfährt es ausschliesslich durch den Willen der Verwandten, aber nicht ausschliesslich in der eigenen Person der Verwandten. Für den *suus heres* ist die familia des Verstorbenen keine andere als seine eigene familia; der *testamentarius heres* eignet sich die familia des Verstorbenen kraft des eigenen ihn an ihre Spitze berufenden Willens des Verstorbenen an; für den vom Gesetz berufenen

---

3) Es ist nur consequent, wenn Niebuhr (R. Gesch. 2. Aufl. II, S. 381) von seiner Auffassung der gens als einer Abtheilung des populus aus zum Resultate gelangt, dass „das Vermögen eines ausgestorbenen Geschlechts der Curie... zufiel;“ eben darum ist aber die Unrichtigkeit dieser Annahme ein Beweis gegen seine Auffassung des Wesens der gentes. Es ist darum auch nicht Zufall, dass die der alten Zeit ganz unbekannte Succession des populus und seit Constantine der Curie oder Kameradschaft nie den Namen der hereditas führt.

Verwandten ist dagegen die familia des Verstorbenen ein Object der Aneignung nicht kraft des Willens des Verstorbenen, sondern kraft seines gänzlichen Untergangs; während die testamentarische Erbfolge eine vom Verstorbenen gewollte ist, ist die Intestaterbfolge eine vom Gesetze nur zugelassene und vom Willen des proximus agnatus abhängig gemachte; die Erbfolge noch eintreten zu lassen ist seiner Verfügung anheimgegeben, so dass er diese ihm zustehende Disposition über die Erbfolge ganz eben so gut durch in iure cessio üben kann wie durch eigenen Erbschaftsantritt.

Dass aber innerhalb der Verwandtschaft schlechthin die Gradesnähe entscheidet und alle Verwandten desselben Grades schlechthin gleichberechtigt sind, rührt einfach daher, dass die Verwandten berufen sind vermöge der Verwandtschaft als solcher und daher nach Verhältniss ihres Masses oder Grades; bin ich zur Ersetzung eines erloschenen individuellen Willens berufen vermöge der Gleichartigkeit meiner Individualität mit der des Verstorbenen, so ist notwendig entscheidend das Mass, in welchem diese Gleichartigkeit besteht. Daher die Gleichberechtigung aller gleich Verwandten z. B. des einen vom einen und jedes der mehreren vom andern Bruder abstammenden Neffen. Steht doch jeder der letzteren mir eben so nahe als der erstere! Ebenso ist aber dadurch das Princip der Gradesnähe gegeben und die Bevorzugung z. B. des Neffen vor dem Oheim ausgeschlossen; dass der letztere im gleichen Masse mit mir verwandt ist wie der erstere zeigt schon die triviale Bemerkung, dass wenn die Individualität des Neffen der des Oheims in einem gewissen Masse gleicht, das Verhältniss in umgekehrter Richtung ebenso wenig ein anderes sein kann als die zwischen zwei Punkten gelegene Linie vom einen Punkte aus gemessen grösser sein kann als vom andern. In Wirklichkeit ist ja die Familienähnlichkeit bei gleicher Verwandtschaft eine höchst verschiedene; abstrahiren wir aber, wie das Recht muss, von allen Zufälligkeiten des einzelnen Falles, so ergibt sich in der That als Mass jener Aehnlichkeit der Grad der Verwandtschaft. Nehmen wir an, dass die Individualität eines jeden zu einem bestimmten Theile auf seiner Abstam-

mung, zu einem anderen auf sonstigen Momenten beruht: so nimmt die Verschiedenheit der Individualitäten genau mit der Entfernung des Verwandtschaftsgrades zu: Vater und Sohn sind dann von gleicher Individualität mit Ausnahme dessen, was an der Individualität des Sohnes nicht hererbt ist; während zwischen Brüdern und ebenso, zwischen Grossvater und Enkel das Mass des nicht Gemeinsamen sich verdoppelt u. s. w.

Den bisherigen Ausführungen gegenüber hat sich gewiss manchem ein scheinbar schlagender Einwurf aufgedrängt, der Einwurf nemlich, dass nach ihnen als die vom Gesetze Berufenen nicht Agnaten und Gentilen, sondern die Cognaten zu erwarten wären. In Wirklichkeit ist aber dieser Einwurf ebenso wenig berechtigt als z. B. die Adoption der Annahme entgegensteht, dass der Vater das Kind beherrscht in seiner Eigenschaft als Urheber seines Daseins. Beruht die Berufung der Agnaten und Gentilen auf der Verwandtschaft ihrer Persönlichkeit mit der des Verstorbenen, so ist ja die Frage nach der Existenz dieser Verwandtschaft nicht quaestio facti, sondern eine Rechtsfrage. Ist auch von Natur die Persönlichkeit des arrogatus derjenigen des pater arrogator fremd, so steht er ja doch kraft der Arrogation einem leiblichen Sohne rechtlich gleich. Und wird auch von der Emancipation und Adoption die Individualität des Kindes in Wirklichkeit nicht berührt, so ist doch die Lehre von der capitis minutio der beste Beweis dafür, dass nach der Annahme des Rechtes diese und andere die Agnation aufhebende Rechtsacte die bisherige Individualität des capite minutus zerstören. Werden wir aber darauf verwiesen, dass doch auch die durch jene Acte nicht zerstörte cognatio von rechtlicher Bedeutung sei, so ist hervorzuheben, dass alle diejenigen Rechtswirkungen, kraft welcher die Verwandtschaft als positive rechtliche Verbindung mehrerer Personen erscheint, ausschliesslich auf der Agnation beruhen, also ausschliesslich auf der durch männliche Zwischenglieder vermittelten Verwandtschaft.

Nur von diesem Standpunkte ist auch das Mass der Verwandtschaft identisch mit dem Grade der Verwandtschaft. Von einem Standpunkt aus, der auch die Cognation und da-

her auch die mütterliche Verwandtschaft berücksichtigt, könnte nicht zugegeben werden, dass z. B. der Sohn dem Vater in höherem Masse verwandt wäre als der Bruder dem vollbürtigen Bruder, da die Individualität des Sohnes nicht nur durch die des Vaters, sondern auch durch die der Mutter bestimmt ist, während durch Abstammung von demselben Paare der Bruder dem Bruder doppelt verwandt ist. Man könnte daher versucht sein zu sagen, das römische Recht huldige der Anschauung Schopenhauers, nach welcher sich der Character ausschliesslich im Mannsstamm vererbt. Unrichtig ist es, wenn Hugo <sup>4)</sup> meinte, das Princip der Agnation erfordere ihre Beschränkung auf Personen männlichen Geschlechtes. Dieselbe folgt aus jenem ebenso wenig als aus der erwähnten Ansicht Schopenhauers folgt, dass der Character dem Manne und der Intellect, der nach ihm von der Mutter geerbt wird, dem Weibe ausschliesslich eigen wäre. Die Stellung des Weibes im Systeme der Agnation zeichnet aufs Prägnanteste der Satz, dass *mulier familiae suae et caput et finis est* (L. 195 §. 5. D. de V. S.). Nicht die Persönlichkeit wol aber die Fähigkeit die eigene Persönlichkeit fortzupflanzen geht ihm ab. Dass je die Frau als *sua* nicht geerbt hätte, könnte nur kraft ganz bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden, da sie doch der *familia* ihres Vaters ganz in derselben Weise angehört wie ihre Brüder. Dass sodann sie von Alters her nicht als Agnatin in Betracht gekommen wäre, widerspricht dem sonst ausnahmslosen Princip, dass das Verhältniss der Agnation ein gegenseitiges ist, so dass der Macht eines Agnaten über den Nachlass des anderen die gleiche Macht des letzteren über den Nachlass des ersteren entspricht. Dem gegenüber kann man sich auch nicht auf die agnatische Vormundschaft berufen, die freilich nur der männliche Agnat üben kann. Denn ist das Weib gleich dem Manne des Eigenthums fähig und daher Subject einer *familia* im vermögensrechtlichen Sinne, so ist es doch unfähig der Gewalt über freie Personen und zwar nicht nur der totalen, sondern auch der *tutela*, welche zur *patria potestas* sich verhält wie das Recht an fremder Sache zum Eigenthume. Wenn der der

---

4) In seiner *Comm. de fund. succ. ab intestato*. 1785.



patria potestas unfähige impubes vom Rechte der tutela nicht schlechthin ausgeschlossen ist, so beruht dies darauf, dass er kraft seines Geschlechtes der Personengewalt fähig und nur zur Zeit von ihrer Uebung ausgeschlossen ist.

Dagegen könnte man denken, dass wenn dem proximus agnatus eine Disposition über die familia des Verstorbenen zusteht, zu dieser Disposition nicht wol berufen sein könne, wer nicht durch Testament über die eigene familia zu verfügen befähigt ist, und für das Comitialtestament ist ja der Ausschluss des weiblichen Geschlechtes geradezu selbstverständlich wegen seines Ausschlusses von der comitiorum communio. Dasselbe ist auch anzunehmen bezüglich des testamentum per aes et libram. Die Beschränkung seiner Zugänglichkeit auf solche Personen, welche auch in Comitien testiren konnten, ergibt sich schon aus seiner Natur als Surrogat des Comitialtestamentes. Ausserdem war ja aber das weibliche Geschlecht von jeder Personengewalt ausgeschlossen und darum auch von derjenigen Verfügung, deren Object die eigene Person als eine in ihrer sachlichen Hinterlassenschaft fortlebende bildete<sup>5)</sup>. In Wirklichkeit kann aber aus der Unfähigkeit zur Verfügung über den eigenen Nachlass kein Grund entnommen werden gegen die Fähigkeit zur Verfügung über den Nachlass eines Verstorbenen; denn jene und nur jene Verfügung widerstreitet dem Principe, dass mulier familiae suae finis est, da durch sie die Persönlichkeit eine über die Existenz des Individuums hinausreichende Wirkung thut, was ausschliesslich Sache des

---

5) Die höchst bestrittene Frage von der Testirfähigkeit der Frauen kann hier nicht erledigt werden; durch das Obige soll mehr nicht behauptet werden als dass ihre Annahme dem ursprünglichen Geiste des Testamentes, und zwar auch des Mancipationstestamentes widerspreche. Wenn Pernice (Labeo I, S. 194) die Testirfähigkeit der Frauen für entschieden hält „von dem Augenblicke an, wo das Mancipationstestament aufkam oder doch von dem an, wo es durch die zwölf Tafeln gesetzliche Sanction erhielt“, so ist zunächst die Pernice bestimmende Auffassung des Mancipationstestamentes als einer Vergabung unter Lebenden nicht zuzugeben; dass aber die zwölf Tafeln nur an ein Testiren des männlichen Geschlechtes dachten, legen ihre eigenen Worte nahe. War doch jedenfalls nur Männern möglich das von ihnen garantierte legare super pecunia tutelave.

Mannes und zwar des mündigen zur Production von sui heredes befähigten Mannes ist. Dass auch sonst die Verfügung des proximus agnatus über die familia des Verstorbenen der eigenen Verfügung über den Nachlass nicht gleichartig ist, zeigt die Vergleichung der familiae mancipatio mit der in iure cessio hereditatis legitimae, welche nach Form und Wirkung von einander differiren. Damit steht nicht im Widerspruch, dass wir die Verfügung des proximus agnatus als Ersatz der nicht mehr möglichen testamentarischen Verfügung bezeichnet haben. Die Verfügung des Agnaten über eine fremde familia kann unmöglich von gleicher Art sein wie die Verfügung des Testators über die eigene familia. Hat jene nur wer die Fähigkeit hat Leibeserben (suos heredes) zu hinterlassen, so setzt diese nur die Fähigkeit voraus Erbe eines anderen zu sein; denn die Ueberlassung der Erbschaft an andere setzt an persönlicher Fähigkeit nicht mehr voraus als die eigene Antretung derselben, da auch diese über die Erbfolge verfügt; dem zur testamentarischen Erbfolge Berufenen fehlt sie nur desshalb, weil ihm das Testament nicht wie das Gesetz dem nächsten Agnaten jede Verfügung über die Erbfolge einräumt, sondern von ihm fordert, dass er selber Erbe werde; steht ihm frei dieser Forderung nachzukommen oder nicht, so kann ihm doch eine Verfügung nicht frei stehen, zu der er gar nicht ermächtigt ist.

So weist denn die Erbfolge ein dreifaches Fundament auf, die Fortsetzung der eigenen Individualität, die Fortwirkung des eigenen vom allgemeinen anerkannten Willens und die durch eine Ermächtigung des allgemeinen Willens vermittelte Ersetzung des Verstorbenen durch den Willen eines verwandten Individuums. Hinterlässt der Verstorbene weder sui heredes noch einen zur Ausführung gelangenden letzten Willen und nimmt sich seines Nachlasses auch nicht die Verwandtschaft in der Person der ihm am nächsten stehenden Verwandten an, so ist die Erblosigkeit entschieden. Freilich steht dieses Resultat im schärfsten Widerspruche mit der herrschenden Annahme über die ursprüngliche Natur der pro herede usucapio, welcher wir uns daher nun zuwenden.

---

## VII. Die pro herede usucapio.

Die Worte des Gaius (II, 54), dass olim rerum hereditarium possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, werden gemeinhin so verstanden, dass ursprünglich, wer eine Erbschaft ersessen hatte, in derselben rechtlichen Stellung sich befunden habe, wie ein wirklicher Erbe, dass er insbesondere gleich einem solchen für die Schulden des Verstorbenen haftet. Der Realisirung dieser Vorstellung stellen sich aber unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Zunächst ist es schon wenig begreiflich, wie die ungestörte Fortdauer meines Besitzes in solcher Weise mich sollte verpflichten können. Nehmen wir an, ich setze mich in den Besitz eines ohne mein Wissen überschuldeten Nachlasses. Wenn nun die Gläubiger des Verstorbenen binnen Jahresfrist sich rühren, können sie mir nur diesen Nachlass abnehmen; sollen sie aber dadurch, dass sie diese Frist verstreichen lassen, bewirken können, dass ich für die Schulden des Verstorbenen persönlich hafte? Soll aber rerum hereditarium possessio solche Folgen haben, so erhebt sich die weitere Frage: ist darunter verstanden der Besitz von Erbschaftssachen oder der Besitz der Erbschaftssachen? Nehmen wir jenes an, so müssen wir mit Leist<sup>1)</sup> eine partielle Haftung desjenigen statuiren, welcher nur einzelne Stücke des Nachlasses besitzt. Es ist aber einmal eine praktisch schwer durchführbare Forderung die Quote zu berechnen, welche jemand von einer Hinterlassenschaft besitzt. Soll er sodann zum entsprechenden Theile Erbe sein, wie reimt sich damit der doch wol anzunehmende totale Erwerb der ersessenen Sachen, während doch die Eigenschaft des Er-

---

1) Forts. von Glücks Comm. I. S. 173.  
Hölder, Beitr. z. röm. Erbr.

werbers als eines Theilerben fordern würde, dass sein Eigenthum bezüglich aller Nachlasssachen auf den entsprechenden Theil sich beschränke. Wie verträgt sich endlich mit den Grundprincipien des römischen Erbrechtes die aus jener Annahme sich ergebende Möglichkeit einer blos theilweisen Beerbung, oder soll etwa *Accrescenz* eintreten und die Aneignung jedes einzelnen Nachlassstückes den Erwerb des ganzen Nachlasses nebst der vollen Haftung für die Schulden nach sich ziehen können? Den Unmöglichkeiten gegenüber, welche sich hier ergeben, liegt es nahe *rerum hereditarium possessio* als Besitz der Nachlasssachen zu fassen und die Erbschaftsersitzung ausschliesslich in der Person desjenigen eintreten zu lassen, welcher den ganzen Nachlass oder — da auch sonst die *maior pars* nicht mehr als bloßer Theil gilt — seinen grösseren Theil besitzt.<sup>2)</sup> Andererseits scheitert aber diese Annahme daran, dass nach Gaius die Ersitzung einzelner Erbschaftssachen aus jener Erbschaftsersitzung hervorgegangen ist. Unmöglich kann aus einer durch Besitz der *maior pars* des Nachlasses bedingten Ersitzung eine solche hervorgegangen sein, welche durch Besitz der einzelnen Nachlasssache sich vollzieht. Dass die letztere Ersitzung auch an unbeweglichen Sachen binnen Jahresfrist sich vollendet, könnte unmöglich seine Erklärung finden an der gleichen Frist einer Ersitzung, deren Object ein ganz anderes war. Zudem sagt ja Gaius selbst:

*in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit,*

fasst also unzweideutig auch die alte Erbschaftsersitzung als eine durch Besitz der einzelnen Sachen sich vollziehende auf.

Dass der Wechsel, welcher nach Gaius in der Auffassung der *pro herede usucapio* sich vollzog, zugleich ein Wechsel in ihrer praktischen Bedeutung gewesen sei, nötigt nichts anzunehmen. Wenn olim velut ipsae hereditates usucapi credebantur, so bezeichnet Gaius damit lediglich eine später aufgebene Vorstellung und nichts hindert uns anzunehmen, dass das spätere Aufgeben dieser Vorstellung nicht auf einer Aen-

---

2) So z. B. v. Scheurl Beitr. zur Bearb. des R. R. II. S. 48.

derung des Rechtes sondern lediglich auf einem Fortschritte in seiner Erkenntniß beruhte, kraft dessen man jene hergebrachte Vorstellung als unzutreffend erkannte. Wenn man zuerst glaubte, dass die Erbschaft selbst ersessen würde, dann aber zu glauben anfang, die Erbschaft selbst könne nicht ersessen werden, so konnte man doch nicht anfangen etwas für unmöglich zu halten, was bisher wirklich bestanden hatte; indem man die Ersitzung der Erbschaft selbst für unmöglich erklärte, erklärte man ihre bisherige Annahme für eine irrthümliche. So tritt uns auch bei Seneca de benef. 6, 5 der Streit darüber, ob die Erbschaft selbst ersessen werde, als bloßer Schulstreit entgegen, der zum Objecte nur die begriffliche Fassung eines in seinen Bedingungen und Wirkungen feststehenden rechtlichen Vorgangs hat; unmöglich hätte auch der Laie von *acutae ineptiae* reden können, wenn es sich darum handelte, ob z. B. der Usucapient für die Schulden des Verstorbenen hafte. Dass in Wirklichkeit es immer um eine Ersitzung von Erbschaftssachen sich handelte, deutet Gaius auch dadurch an, dass er sagt: *velut ipsae hereditates usucapi credebantur*, und er spricht es geradezu aus durch Erklärung der einjährigen Ersitzung als einer solchen, welche bei allen Erbschaftssachen, trotz jenes Wechsels der Anschauung bestehen geblieben sei. Ebenso bezeichnet er die fragliche Ersitzung als Ersitzung von Erbschaftssachen, wenn er fragt, warum hier auch an Grundstücken *annua constituta sit usucapio*; denn *constituirt* ist jene Ersitzung durch Festsetzung jener Frist auf Grund der alten Anschauung und nicht erst als sie trotz des Wechsels der Anschauung *remansit*.

Fragen wir uns aber, wie man dazu gekommen war als Object jener Ersitzung die Erbschaft anzusehen, so beruhte dies jedenfalls nicht auf der Unterscheidung sondern auf der Identificirung des Nachlasses und der Nachlasssachen, welche ja dem gemeinen Sprachgebrauche und der Auffassung des Laien zu allen Zeiten entspricht. Pfl egt aber solche Identificirung auf der Auffassung des Nachlasses als eines Aggregates der einzelnen in ihm enthaltenen Stücke zu beruhen, so kann die besondere Behandlung der fraglichen Ersitzung nicht darauf beruhen, dass

man in ihren Objecten keine körperlichen Sachen gesehen hätte, sondern nur auf der Unterscheidung von Nachlasssachen und anderen Sachen. Objecte der Ersitzung sind ja nun die Sachen nicht als herrenlose, sondern regelmässig als in fremdem Eigenthum befindliche; verlangten die zwölf Tafeln für die Ersitzung von Grundstücken einen längeren Besitz als für die anderer Sachen, so hiess dies so viel, dass Grundeigenthum im Gegensatze zu anderen Rechten erst durch zweijährigen Besitz an einen anderen übergeben solle. Ist aber dabei an gegenwärtiges Eigenthum gedacht, so sind Nachlasssachen zur Zeit in niemandes Eigenthum und nur deswegen nicht Gegenstände der Occupation, weil an die Stelle des erloschenen Eigenthums des Verstorbenen Eigenthum des Erben zu treten bestimmt ist. War aber das durch die Ersitzung aufgehobene Recht des Erben noch kein gegenwärtiges Eigenthum, sondern lediglich eine Anwartschaft, so war es insbesondere kein Grundeigenthum, gehörte also nicht zu den erst durch zweijährigen Besitz ihrem Eigenthümer abersessenen fundi oder res soli, sondern zu den ceterae res.<sup>3)</sup> Aus demselben Zusammenhange ergibt sich, warum diese Ersitzung keine bonae fidei possessio erfordert; wurzelte dieses Erforderniss in dem von den zwölf Tafeln aufgestellten Usucapionshindernisse der Furtivität<sup>4)</sup>, so konnte ja von diesem keine Rede sein bezüglich der vom Erben noch nicht er-

---

3) Dem lässt sich nicht entgegnen, dass vermöge der Identificirung von res und Eigenthum die Nachlassstücke doch auch nicht zu den ceterae res oder zum sonstigen Eigenthum gehört hätten; denn der Begriff der res ist ein weiterer alle Vermögensstücke umfassender; dagegen deckt er sich mit dem des Eigenthums, wenn speciell res corporales gemeint sind; deahalb ist zwar einerseits unter den res soli ausschliesslich Grundeigenthum andererseits dagegen unter den ceterae res keineswegs ausschliesslich Eigenthum begriffen. Dem widerspricht nicht die Anwendung der vom Gesetze für res soli statuirten Frist auf Servituten; denn die Praedialservitut ist selbst nur eine Erweiterung des Grundeigenthums und ebenso berührt das Grundeigenthum jedes Entstehen oder Erlöschen einer Personalservitut als Belastung oder Entlastung desselben.

4) Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus 1852 S. 44.

worbenen Nachlasssache. Dass aber wirklich die pro herede usucapio eine solche voraussetzte, ergibt einmal ihr Ausschluss gegenüber dem necessarius heres (Gai. II 58, III 201), sodann aber die Art und Weise, wie Gaius diese Ersitzung motivirt. Lässt er sie eingeführt sein, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, so muss er annehmen, dass ursprünglich mit dem Antritte der Erbschaft ihre Möglichkeit weggefallen sei.<sup>5)</sup> Zugleich zeigt eben diese Motivirung den Gaius weit entfernt von der Annahme, dass ursprünglich der Erbschaftsusucapient gleich einem Erben für die Schulden haftet habe. Das Interesse der göttlichen und menschlichen Gläubiger bezeichnet er als das für die Zulassung dieser Ersitzung massgebende; er denkt aber nicht daran, dass durch

---

5) Dass ursprünglich nur die vom Erben noch nicht erworbene Sache pro herede ersessen werden konnte, vereinigt sich vielleicht mit der von Gaius ausdrücklich berichteten Ersitzbarkeit jeder vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Sache (cuius possessionem heres nondum nactus est) dadurch, dass nach altem Rechte der voluntarius heres erst durch factische Aneignung Eigenthümer der einzelnen Erbschaftssachen wurde. Wenn der Erbe als solcher Subject der vom Verstorbenen hinterlassenen Schulden notwendig, der Activa dagegen nur in Ermangelung ihres Erwerbes durch Dritte ist, so stand es nicht im Widerspruche mit seiner Eigenschaft als Universalsuccessor, wenn er die einzelnen Nachlasssachen erst durch Besitzergreifung erwarb. Dass die hereditatis aditio, insbesondere die cretio wesentlich eine Uebernahme der erbschaftlichen Verpflichtungen ist, zeigt schon das in der Cretionsformel enthaltene verbum adire, denn aliquam rem adire heisst sich einer Sache unterziehen. Die Aufstellung einer eigenen hereditatis petitio (deren Beschränkung auf den pro herede und pro possessore Besitzenden dann freilich jüngeren Datums sein müsste) war vom Standpunkte der vorgetragenen Hypothese aus, und nur von diesem, einem unabweisbaren Bedürfnisse entsprungen. Zugleich wird von diesem Standpunkte aus die in iure cessio der angetretenen Erbschaft verständlicher. Dass durch diese in iure cessio ebenso wie durch die der noch nicht angetretenen legitima hereditas die corpora hereditaria uno actu auf den Erwerber übergehen, (Gai. II, 35 f., III, 85 f.), lässt als ihren ursprünglichen Gegenstand den Nachlass als einen vom Erben noch nicht erworbenen erscheinen. Waren Object der in iure cessio die einzelnen ererbten Sachen, so musste jede derselben besonders abgetreten werden; ist aber Object derselben der Nachlass als solcher, so kann er es nur als ein noch nicht mit dem eigenen Vermögen des

dieselbe jenes Interesse unmittelbare Befriedigung gefunden habe, sondern findet seine Sicherung nur in der durch die drohende Ersitzung auf die Erben getübten Pression zu baldigem Erbschaftsantritt. Schliessend wir aber so aus der Motivirung des Gaius auf die Gestalt des Institutes, dem sie gilt, so folgt daraus keineswegs, dass wir diese Motivirung selbst uns aneignen. Bedingungen und Wirkungen eines Rechtsverhältnisses sind Gegenstände unmittelbarer Ueberlieferung, wesshalb wir annehmen dürfen, dass eine solche derjenigen Auffassung dieser Punkte zu Grunde liegt, die uns aus der Darstellung des Gaius entgegentritt. Die Motive dagegen für die Einführung eines Rechtsinstitutes sind um so seltener

---

Erben vereinigt sein, da er durch diese Vereinigung aufhört familia defuncti zu sein und dem übrigen Vermögen des Erben gegenüber eine eigene Einheit zu bilden. Vor allem aber ist nur von jenem Standpunkte aus ganz verständlich, dass an Erbschaftsachen auch nach der Antretung der Erbschaft in so lange kein furtum möglich ist als sie nicht in den Besitz des Erben gelangt sind. In 6 D. exp. her. 47, 19 erklärt Paulus ausdrücklich: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius quae sine domino est, und in der That vermag nicht das Fehlen eines Besitzers, sondern lediglich das eines Eigenthümers den Anschluss der Erbschaftsachen von den Objecten des furtum zu erklären. Ohne Zweifel war daher im Falle eines necessarius oder suus ac necessarius heres, wie einerseits die pro herede usucapio angeschlossen, so andererseits ein furtum von Anfang an möglich, Wenn Ulp. in L. 2 § 1 eod. das furtum angeschlossen sein lässt ante aditam hereditatem vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt, so darf wol angenommen werden, dass die Unmöglichkeit eines furtum sich auf diejenige Erbschaft beschränkte, zu deren Erwerb es eines Erbschaftsantritts bedurfte. — Bezeichnet hereditatis aditio speciell die Uebernahme der erbschaftlichen Verbindlichkeiten, so schliesst dies nicht aus, dass unter jene in weiterem Sinne jeder Act subsumirt wird, durch welchen der Erbe sich als solcher bethätigt. Dass die einzelne Sache für den Dritten ersitzbar ist bis zur Ergreifung ihres Besitzes seitens des Erben, dadurch geht die Ersitzung nicht hinaus über den von Gaius berichteten Zweck beschleunigter Erbschaftsantretung; denn zu denjenigen die Stellung eines Erben realisirenden Acten, an welchen die Gläubiger ein Interesse haben, gehört nicht nur die Uebernahme ihrer Forderungen durch den Erben, sondern auch der Erwerb der Nachlasssachen durch diesen, da derselbe seine Zahlungsfähigkeit erhöht.



eine Sache historischer Tradition, je weiter das fragliche Rechtsverhältniss in die Jugend und Kindheit des betreffenden Rechtes zurückreicht. Die Motivirung des Gaius ist daher wahrscheinlich ein Product seiner eigenen Speculation und schon deshalb ohne innere Wahrscheinlichkeit, weil die Frage des Gaius

quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit

ausgeht von der Abnormität und besonderen Erklärungsbedürftigkeit einer ohne Titel und bona fides sich vollziehenden Ersitzung, welche für das Rechtsbewusstsein derjenigen Zeit, in welcher sie aufkam, schwerlich bestand. Ohnedies ist die Rücksicht auf die Gläubiger des Verstorbenen ein seltsamer Grund für den Erwerb eines Dritten; sie könnte höchstens Aufrechterhaltung eines aus anderem Grunde erwachsenen Erwerbes motiviren, welchen das veränderte Zeitbewusstsein nicht mehr als einen in sich gerechtfertigten erkennt. Auch ist für die Gläubiger selbst mit der Zulassung jener Ersitzung ebenso leicht Verlust als Gewinn verbunden; nützt es ihnen wenn der Erbe durch die Furcht vor der drohenden Ersitzung zu schleunigem Antritte bewogen wird, so schadet es ihnen andererseits, wenn es zur Vollendung der Ersitzung kommt, da sie die Zahlungsfähigkeit des Erben oder, falls dieser überhaupt nicht mehr antritt, den Wert des den Gläubigern haftenden Nachlasses verringert. Gerade für denjenigen Fall also, in welchem die Gläubiger am meisten gefährdet sind, für den Fall einer überschuldeten und daher nicht zur Antretung reizenden Erbschaft würde ihnen die angeblich zu ihren Gunsten eingeführte Ersitzung positiv schaden.

War aber so die pro herede usucapio jederzeit eine Ersitzung einzelner Sachen, und war sie nur als Ersitzung solcher Sachen, die zur Zeit in niemandes Eigenthum sich befinden, an leichtere Bedingungen geknüpft als die Ersitzung fremden Eigenthums: so sind dadurch alle Versuche ausgeschlossen die praetorische bonorum possessio aus der Erbschaftsersitzung hervorgehen zu lassen. Dass aber diese Unvereinbarkeit mit einer verbreiteten Hypothese nicht etwa geeignet ist unserer Auffassung jener Ersitzung entgegengehalten zu werden, lässt sich leicht darthun. Hätte es wirklich eine Ersitzung

der Erbschaft im Sinne einer Ersitzung der Erbfolge gegeben, so wäre es geradezu unbegreiflich, wenn dieselbe, wie man vielfach annimmt, abgekommen wäre im Zusammenhange mit dem Aufkommen des praetorischen Erbschaftsbesitzes. Gerade dieser hätte ja dann vielmehr zum Eintritte der Erbfolge im Wege der Ersitzung in gleicher Weise führen müssen, wie das praetorische Eigenthum durch Ersitzung das quiritische verschafft. Wenn bezüglich der einzelnen von ihm besessenen Erbschaftssachen der bonorum possessor wirklich Usucapient ist und als solcher nicht nur durch fortgesetzten Besitz quiritisches Eigenthum erwirbt, sondern auch schon vorher durch die Publiciana in rem actio geschützt ist: warum erwirbt er, wenn er zur hereditas im gleichen Verhältnisse steht wie zu den einzelnen Sachen, nicht auch durch Ersitzung die hereditatis petitio; warum verwandeln sich nicht durch solche die für und gegen ihn begründeten ficticiae actiones in directae und warum kommt im Gegensatze zur Publiciana in rem actio die possessoria hereditatis petitio erst in später Zeit auf? Unerklärlich wäre es ferner gegenüber einer durch die praetorische Verleihung erfolgten Monopolisirung der Erbschaftsersitzung, wie neben ihr die Ersitzung von Erbschaftssachen als Folge eigenmächtiger Besitzergreifung fortbestehen konnte. Ueberhaupt aber ist nicht abzusehen, wie aus privater Occupation eine obrigkeitliche datio sich sollte entwickeln können. Wenn Puchta (Inst. §. 316) gegen die Ableitung der bonorum possessio aus der Regelung des Besitzstandes bemerkt: „allerdings entstehen aus geringen Anfängen grosse Dinge, aber nicht aus Sperlingen Adler“, so erhebt sich der von ihm adoptirten Ableitung aus der pro herede usucapio gegenüber nicht minder das Bedenken absoluter generischer Verschiedenheit des einen und des anderen angeblich aus jenem entsprungenen Institutes.

---

## VIII. Die Haftung für die sacra.

Bezüglich der Haftung für die sacra eines Verstorbenen hat uns Cicero (de leg. II, 19 ff.) zwei Theorien überliefert, von denen er eine als die Lehre der antiqui bezeichnet, während er für die andere die pontifices seiner Zeit, speciell den P. Mucius Scaevola (pontifex maximus seit 631) verantwortlich macht. Der Kreis der für die sacra haftenden Personen ist nach der jüngeren Lehre ein weit grösserer als nach der älteren, und der Grund für die Aufstellung jener lag hauptsächlich im Bestreben die Erfüllung der vom Verstorbenen hinterlassenen Verbindlichkeiten gegen die Götter möglichst sicher zu stellen. Zu diesem Zwecke wurde das Princip aufgebracht, dass überhaupt jeder durch den Tod des Verstorbenen Bereicherte für die sacra hafte. Für die Geschichte des römischen Erbrechts ist das Aufkommen dieser neuen Theorie namentlich deshalb von Bedeutung, weil sie mit Veränderungen des Erbrechts zusammenhängt. Ist dies aber augenscheinlich bezüglich der lex Voconia, indem die durch diese aufgestellten Beschränkungen von Todeswegen der älteren Theorie fremd, von der jüngeren dagegen berücksichtigt sind: so glaubt man ausserdem vielfach aus dem Verhältniss beider Theorien ein Zeugniss dafür entnehmen zu können, dass im Gegensatze zur jüngeren die ältere die pro herede usucapio noch als Ersitzung der Erbfolge kenne; ohne ihre Besprechung wäre daher unsere Erörterung der pro herede usucapio unvollständig<sup>1)</sup>.

---

1) Die neueste und eingehendste Behandlung ist die von Leist im ersten Bande seiner Fortsetzung des Glück'schen Commentars

Nach der gewöhnlichen Annahme ist der Unterschied der älteren und der jüngeren Lehre ein dreifacher, indem diese 1) eine Vermehrung der zu den *sacra* verpflichtenden Thatbestände 2) eine veränderte Gestaltung einzelner dieser Thatbestände und endlich 3) eine Verschiebung ihrer Aufeinanderfolge bewirkt hat. Während der älteren Lehre die vierte und fünfte Classe der jüngeren fremd ist, nimmt man an, dass die drei Classen der älteren Lehre in der jüngeren mit veränderter Reihenfolge wiederkehren, indem der dritten Classe der älteren Lehre die zweite und der zweiten die dritte der jüngeren Lehre entspreche. Als die beiden Lehren gemeinsamen Verpflichtungsgründe betrachtet man danach Erbfolge, Legat und Ersitzung, wobei sich dann das schwer zu lösende Problem erhebt, warum die in der jüngeren Lehre an dritter Stelle genannte Ersitzung in der älteren dem Legate vorangestellt ist. Ist aber unstreitig die eingetretene Ersitzung der Grund für die von der jüngeren Lehre an dritter Stelle genannte Haftung desjenigen, *qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usuceperit plurimum possidendo*, so steht keineswegs dasselbe fest von derjenigen Haftung, welche nach der älteren Lehre eintritt, *si maiorem partem pecuniae capiat*<sup>2)</sup>. Die Natur des fraglichen Erwerbes als eines durch Ersitzung sich vollziehenden ist im ersten Falle sogar doppelt (*usu ceperit . . . possidendo*), im letzteren dagegen gar nicht zum Ausdruck gelangt. Besteht aber danach keinerlei Notwendigkeit, den letzteren Fall als Fall der Ersitzung aufzufassen, so ist sogar die Möglichkeit dieser Auffassung ausgeschlossen durch das *Praesens capiat*. Ist im ersten Falle durch das *Futurum exactum usu ceperit* das Erforderniss der Vollendung der Ersitzung zum deutlichsten Ausdrucke gelangt, so deutet im Gegensatze dazu jenes *Praesens* auf einen momentanen Erwerb und kann daher weder auf die Vollendung der Ersitzung noch auch auf ihren Anfang, durch wel-

---

S. 173 ff. Von Früheren ist hervorzuheben Savigny Verm. Schr. I, 157 ff. und Lassalle Syst. der erw. R. II, S. 40 ff.

2) Die ältere Lehre lautet: *tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit*.

chen ja noch keine *capio* sich vollzieht, bezogen we. dass  
 Vielmehr ist das im zweiten Fall der älteren Lehre geme. 12-  
*capere* kein anderes als das durch *mortis causa donatio* s<sup>12</sup>-  
 vollziehende. Vergleichen wir den dritten Fall der ältere<sup>3</sup>-  
 Lehre mit dem zweiten der jüngeren, so ergibt sich, dass  
 jener nur das Legat, dieser dagegen ausserdem die *mortis*  
*causa donatio* umfasst, welche noch vor dem Legate ge-  
 nannt wird in den Worten *morte testamentove*. Der Er-  
 werb des auf den Todesfall geschenkten vollzieht sich noch  
 unmittelbarer *morte* als der eines Legates; er wird daher  
 als ein nur durch den Tod bedingter und mit diesem sich  
 vollziehender entgegengesetzt dem durch das Inslebentreten  
 des Testamentes bedingten Erwerbe eines Legates. Dass die  
 Worte *morte testamentove capere* neben dem Legate die  
 Schenkung nennen, bestätigt Cicero ausdrücklich in cap. 20,  
 indem er auf einen zwischen der *mortis causa donatio* und  
 dem Legate bestehenden Unterschied eingeht. Nennt aber so  
 die jüngere Lehre die *mortis causa donatio* vor dem Legate  
 und bezeichnet sie gerade jene schlechtweg als *morte capere*,  
 so liegt nichts näher als das *capere* der älteren Lehre zu  
 identificiren mit dem *morte capere* der jüngeren, so dass  
 nach beiden Lehren an die Erbfolge unmittelbar die *mortis*  
*causa donatio* und das Legat als Grund der Verpflichtung  
 zu den *sacra* sich anreihet. Dass aber in der älteren Lehre  
 Schenkung und Legat je eine besondere Classe bilden, wäh-  
 rend sie in der jüngeren als Fälle derselben Classe erschei-  
 nen, das erklärt sich einfach daraus, dass beide Gründe der  
 Haftung nach der jüngeren Lehre neben einander zutreffen kön-  
 nen, nach der älteren Lehre nicht. Die Coordination beider  
 Haftungsgründe ist also schon der älteren Lehre nicht fremd;  
 sie kann nur nicht zu einer Concurrrenz derselben führen wegen  
 der thatsächlichen Unmöglichkeit ihres gleichzeitigen Zutref-  
 fens; dass die Schenkung an zweiter, das Legat an dritter Stelle  
 aufgeführt wird, ist ohne sachliche Bedeutung und ebenso rich-  
 tig wäre die umgekehrte Aufzählung. So ist von einer Ver-  
 schlingung der Classen keine Rede und folgen nach der älte-  
 ren wie nach der jüngeren Lehre auf die Erbfolge als unter  
 sich coordinirte Verpflichtungsgründe die beiden Fälle des  
 Erwerbes von Todeswegen, deren Cicero ebenso an anderem

7<sup>3)</sup> bei der Definition der Erbschaft gedenkt, indem er *älte* bezeichnet als das durch den Tod eines anderen von 1) *rechtswegen* erworbene Vermögen *nec ea aut legata testamenti aut possessione retenta*. Wenn aber nach der älteren Lehre der Erwerb der *maior pars pecuniae*, nach der jüngeren dagegen der dem Erwerbe der Erben gleichkommende verpflichtet, so ist hier der Einfluss der *lex Voconia* unverkennbar; jener Erwerb der *maior pars* konnte nach ihr überhaupt nicht mehr vorkommen; die Belastung desjenigen aber, welcher ebensoviel erwirbt als die Erben, war durch das Princip der *lex Voconia* geradezu gefordert. Dass kein Legatar mehr bekommen sollte als die Erben behalten, liess sich nur so durchführen; denn die *sacra* konnten wegen ihrer Perpetuität nicht wie andere Schulden in der Weise berücksichtigt werden, dass bei der Berechnung des den Erben Verbleibenden ihr Betrag abgezogen wurde.

Fraglich ist nun aber das Verhältniss, in welchem diese Haftung zu der des Erben steht. Die ältere Lehre lautete: *tribus modis sacris adstringi: hereditate aut si maiorem partem pecuniae capiat aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit*. Die gebrauchte Disjunctivpartikel bezeichnet die Gründe der Haftung als solche, von welchem im einzelnen Falle ausschliesslich einer platzgreift. Es wird also die Haftung des Erben im Falle eines anderweitigen auf mehr als die Hälfte des Nachlasses sich erstreckenden Erwerbes durch die des Beschenkten oder Legatars ausgeschlossen. Zwischen jenen beiden Erwerbsarten besteht aber noch die Verschiedenheit, dass beim Legate und nur beim Legate unterschieden wird zwischen Zuwendung und Erwerb und neben der Zuwendung des grösseren Theils des Nachlasses erfordert wird, dass *inde quidpiam ceperit*. Bei der Zuwendung durch Schenkung fiel dieser Unterschied weg, da sie überhaupt nicht ohne Einwilligung des Beschenkten möglich ist; beim Legate ist dagegen anstatt des vollen Erwerbes das *capere* von irgend etwas genannt, um auszudrücken, dass derjenige, welchem der grössere Theil des Nachlasses und damit auch die Last der *sacra* zugedacht ist, diese Last nicht soll durch blos partielle

---

3) Top. 6, 26.

Annahme des Zugewendeten von sich abwälzen dürfen, dass er vielmehr von ihr bloß frei bleibt, wenn er das Legat gänzlich ablehnt. Fragen wir aber, warum die Zuwendung gerade nur des grösseren Theils des Nachlasses zu den *sacra* verpflichte, so kann dies nur darauf beruhen, dass die *maior pars* schon nicht mehr bloß als einzelner Theil des Nachlasses gilt — denn der grösste Theil ist der durch einmalige Theilung oder Halbierung entstehende — sondern als das gleich unvollständige Ganze. Wenn also Cicero es als Characteristische der jüngeren Lehre hinstellt, quod pontifex cum pecunia sacra coniungi voluit, so zeigt seine Darstellung der durch die pontifices veränderten bisherigen Lehre, dass auch schon nach ihr nicht ausschliesslich die Erbfolge zu den *sacra* verpflichtete.

Trotzdem konnte Cicero mit Recht jenes Princip als ein  
r alten Lehre fremdes bezeichnen, da nach ihm noch nicht  
r Erwerb hinterlassener pecunia als solcher zu den sacra  
erpflichtet, sondern ausser der Erbfolge nur der Erwerb  
durch den eigenen Willen des Verstorbenen und auch dieser  
nur auf Grund einer Zuwendung der maior pars der hereditas,  
indem diese als Zuwendung der hereditas selbst und damit  
auch als Zuwälzung der sacra galt. Dass hier den Usu-  
capienten noch keine Haftung trifft, ist um so characteristi-  
scher, da nach Gaius man sich früher die Ersitzung von Erb-  
schaftssachen als Ersitzung von Erbschaft vorstellte. Wäre  
diese Vorstellung dahin zu deuten, dass es kraft derselben  
eine wirkliche Ersitzung der Erbfolge gegeben hätte, so hätte  
sich die Haftung des durch Ersitzung zum Erben Geworde-  
nen von selbst verstanden; die durch hereditas begründete  
Haftung für die sacra würde gleich der Haftung jedes ande-  
ren Erben auch die des Usucapient-Erben in sich enthalten  
haben. Wäre dem aber so gewesen, so hätte Cicero unmög-  
lich sagen können: sacra cum pecunia pontificum auctoritate,  
nulla lege coniuncta sunt; waren von Alters her sacra con-  
iuncta cum hereditate, so wäre ja die hereditas selbst mit  
dem Besitze der pecunia als solchem verbunden gewesen.  
Dass in Ciceros Sinne der Verpflichtungsgrund der hereditas  
nicht auch auf den Usucapienten Anwendung fand, zeigt seine  
eigene Definition der hereditas (Top. c. 6). Sagt er, der Be-

stimmung der *hereditas*, als der *pecunia*, quae morte alicuius ad quempiam pervenit sei beizufügen: iure, so kann man fragen, ob damit für den Erbschaftserwerb das Erforderniss eines rechtsförmlichen oder nur das eines rechtswirksamen Erwerbes aufgestellt ist. Nach der letzteren Annahme wäre der Nachlass für den *Usucapienten* nur insolange nicht *hereditas* als er ihm nicht durch Vollendung der *Ersitzung* rechtsgiltig erworben ist. Für diese Deutung liessen sich anführen die vorhergehenden Worte: multis enim modis sine hereditate teneri mortuorum pecuniae possunt, da unter den Begriff des *tenere* schon jedes factische Inhaben fällt. Cicero denkt aber nicht an den Gegensatz factischen und rechtlichen Habens — *pecunia quae ad quempiam pervenit* ist ohnedies nur die rechtswirksam erworbene Habe —; erfordert der Begriff der *hereditas* einen bestimmten *modus* des Erwerbes, so ist dieser nichts anderes als der Weg seiner Vollziehung, so dass iure erfolgt ist der rechtsförmlich sich vollziehende Erwerb im Gegensatz zu dem auf Eigenschaft oder factischer Aneignung beruhenden; es ist dadurch vom Begriffe der *hereditas* ausgeschlossen die durch *Occupation* oder *Ersitzung* (welche ja keinen Titel fordert) erworbene Habe. Wird dann schliesslich hinzugefügt: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta, so ist dadurch neben dem Legirten vom Begriffe der *hereditas* ausgeschlossen das auf den Todesfall Verschenkte. Dass die Worte *possessione retenta* auf die *mortis causa donatio* und nicht etwa auf die *pro herede usucapio* zu beziehen sind, zeigt nicht nur die Zusammenstellung mit dem Legate, neben welchem nichts häufiger genannt wird als die ihm so verwandte *mortis causa donatio*, sowie der Umstand, dass diese unbedingt genannt sein musste, um sie vom Begriffe der *hereditas* auszuschliessen, unter dessen bisherige Definition sie unbedingt fiel; dasselbe ergeben auch schon die Worte *possessione retenta*, da sie auf ein Zurückbehalten von Sachen deuten, in deren Besitz man nicht erst durch den Tod des Verstorbenen gelangt ist. Gerade die *mortis causa* geschenkte Sache pflegt beim Tode des Schenkers schon im Besitz des Beschenkten sich zu befinden, während die *pro herede usucapio* gerade umgekehrt dadurch bedingt ist, dass die Sache



erst nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des Usucapienten gelangt sei. Allerdings ist auch die Bezeichnung der auf den Todesfall geschenkten als einer „durch Besitz zurückbehaltenen“ Sache eine solche, welche durch das Streben nach pointirter Kürze nicht ganz genau ausgefallen ist (so scheidet ja auch aus der Erbschaft nicht schlechthin die legirte, sondern erst die durch das Legat erworbene Sache aus); gemeint ist diejenige Sache, welche wegen des Todes des Tradenten auf Grund der bei seinen Lebzeiten erfolgten Tradition zurückbehalten werden darf.

Haftet so nach der älteren Lehre anstatt des Erben derjenige, welchem der Verstorbene durch *mortis causa donatio* oder Legat den grösseren Theil seines Vermögens zugewendet hat, dagegen nicht derjenige, welcher den grösseren Theil des Nachlasses occupirt oder ersessen hat, so erscheint als Grund der Haftung jedenfalls nicht ausschliesslich das Maass des Erworbenen. Hat die Haftung des Erben ihren Grund darin, dass *nulla est persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigravit proprius accedat*, so ist im Gegensatze zu demjenigen, welcher den Nachlass sich eigenmächtig aneignet, auch der Beschenkte und Legatar ein dem Verstorbenen persönlich nahe stehender; vergab man überhaupt nicht den grösseren Theil seines Nachlasses an solche, die einem fremd gegenüberstehen, so waren zudem auf Grund der *lex Furia* die so Bedachten ausschliesslich nahe Cognaten und Affinen. In der That waren also die *sacra* nicht mit der *pecunia* als solcher verbunden; normaler Weise lagen sie vielmehr den Erben — jedem zu seinem Erbtheile — ob, wovon aber aus Rücksichten der Billigkeit und Zweckmässigkeit eine Ausnahme gemacht wurde, falls durch den eigenen Willen des Testators der grössere Theil des Nachlasses — mithin mehr als die Erben zusammen bekamen — einem Dritten zugewendet war.

Im Gegensatze zu jener älteren lautet die jüngere durch die pontifices aufgebrachte Lehre:

*Quaeruntur, qui astringantur sacris.*

D. h. also, es wird nach solchen gesucht, welche für die *sacra* haften; es geht mithin das Bestreben dahin möglichst viele für sie haften zu lassen. In Verfolgung dieses Bestrebens haben es die pontifices zu fünf Classen gebracht.

- 1) *Heredum causa iustissima est.*
- 2) *Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes.*
- 3) *Si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo.*
- 4) *Qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet.*
- 5) *Si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit nemini-que eam solverit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit.*

Von diesen fünf Classen deckt sich nur die erste mit der ersten Classe der älteren Lehre. Gegen sie hat denn auch Cicero nichts zu erinnern, indem er bemerkt: *heredum causa iustissima est.*

Die zweite Classe der jüngeren Lehre ist eine durch die *lex Voconia* veranlasste Umgestaltung der zweiten und dritten Classe der älteren; konnte nach der *lex Voconia* der Erbschaftserwerb durch einen anderweitigen Erwerb nicht mehr überwogen und daher die Haftung des Erben durch die eines anderen Erwerbers nicht mehr ausgeschlossen werden, so lag es nicht nur nahe, sondern war überdies durch die *ratio* der *lex Voconia* gefordert, wenigstens dann, wenn ein einzelner anderweitiger Erwerb dem Erwerbe der Erben gleichkam, dieselbe Gleichheit bezüglich der Haftung für die *sacra* zu statuiren. Zu dieser Classe macht Cicero die Bemerkung: *id quoque ordine; est enim ad id, quod propositum est, accommodatum.* Lassalle (a. a. O. S. 49) versteht diese Worte ironisch; *quod propositum est* sei Scaevolae von Cicero perhorrescirter Neuerungsgedanke. Dass aber die Worte *quod propositum est* ohne die Bezeichnung einer Person, um deren Vorhaben es sich handelt, dasjenige bedeuten sollen, was man sich vorgesetzt hat, ist ohne Analogie; auch wäre dann eher zu erwarten: *propositum erat.* Zudem verbietet das Wort *quoque* die Wendung: *id quoque ordine* ironisch zu fassen, da doch die erste Classe, welcher damit die zweite an Ordnungsmässigkeit gleichgestellt wird, alles Ernstes in bester Ordnung befunden war. Ueber die folgenden Classen, wird kein Urtheil gefällt, vielmehr nur, nachdem sie aufgezählt sind, gesagt: *non ita descripta*

sunt ab antiquis. Offenbar sind es wesentlich diese drei letzten Classen; welche Ciceros Missfallen erregen. Es ist dies um so mehr anzunehmen, da er nachher auch bezüglich der zweiten Classe etwas auszusetzen hat, ohne dabei die Preisgebung des von der älteren Lehre aufgestellten Erfordernisses der *maior pars* zu berühren. Sind aber die Worte *id quoque ordine* ernst gemeint, so bezeichnet wol ihre Motivirung die jüngere Lehre in diesem Punkte als angepasst demjenigen „was vorliegt“ (*quod propositum est*), nemlich der durch die *lex Voconia* herbeigeführten Aenderung des Rechtes, durch welche der zweite und dritte Fall der älteren Lehre wegfiel.

Ist aber so einerseits das Mass des zu den *sacra* verpflichtenden Erwerbes herabgesetzt, so ist jetzt andererseits die Haftung des Legatars bedingt durch den vollen Erwerb des dem Erwerbe der Erben gleichkommenden Betrages, worin sich das veränderte Princip dieser Haftung ausdrückt. Als eine von der Zuwendung eines bloßen Erbschaftstheiles oder -stückes verschiedene war die Zuwendung der *maior pars* untheilbar gewesen, wogegen jetzt die durch das Quantum des Erwerbes begründete Verpflichtung erst eintritt, wenn der wirklich vollzogene Erwerb das sie begründende Mass erreicht. Daher die Möglichkeit durch Unterlassung des Erwerbes zu irgend einem Theile der Haftung zu entgehen.

Die drei letzten Classen der jüngeren Lehre sind der älteren fremd; in ihnen kommt am reinsten das Princip der *pontifices* zum Ausdrucke, *quod sacra cum pecunia coniungi volunt*. Jede Beziehung zur Person und zum Willen des Verstorbenen ist den Angehörigen dieser Classen fremd; nicht kraft einer solchen Beziehung, sondern rein zufällig machen sie durch seinen Tod einen Gewinn, der ihnen aber doch um die Ansprüche der Götter zu befriedigen soll abgenommen werden können. Sind nemlich hier *sacra cum pecunia coniuncta*, so kann die Haftung nicht eine unbegrenzte gewesen sein, sondern muss sich beschränkt haben auf das Mass des gemachten Gewinns. In erster Linie ist hier genannt, *qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usuceperit plurimum possidendo*. Fraglich erscheint dabei das Verhältniss, in welchem mehrere *Usucapienten* haften. Hat aber *plurimum* ersessen, wer im Masse seines Erwerbes von keinem

anderen übertroffen ist, so versteht sich von selbst die gleiche Haftung mehrerer bezüglich des erworbenen Wertes einander Gleichstehender und von keinem Dritten Ueberflügelter. Dagegen scheint die Haftung derjenigen, welche einen geringeren Betrag ersessen hatten, nach dem Wortlaute der Bestimmung ausgeschlossen; dass aber in Wirklichkeit eventuell jeder Usucapient haftete, zeigt schon der Umstand, dass die Haftung der nächsten Classe erst platzgreift: *si nemo sit, qui ullam rem ceperit*. Unter demjenigen, *qui plurimum usu-ceperit*, ist zu verstehen, wer durch Ersitzung den grössten Gewinn gemacht hat, und ein solcher ist derjenige, welcher am meisten ersessen hat, nur insoweit als sein Gewinn nicht absorbirt ist durch die auf ihm lastenden *sacra*. Vor den anderen Usucapienten haftet daher, wer mehr ersessen hat, nur bis zu demjenigen Betrage, zu welchem sein Erwerb den der anderen übersteigt. Es zeigt sich darin deutlich, dass die Ersitzung nicht etwa als Analogon der Erbfolge behandelt wird; nicht nur verpflichtet sie nur subsidiär, sondern auch nicht, was sie als Analogon der Erbfolge müsste, nach Verhältniss des vom Einzelnen Ersessenen; der von Verschiedenen durch Ersitzung gemachte Gewinn wird nicht in gleichem Verhältniss gekürzt, sondern, soweit die Befriedigung der Götter es verlangt, auf das gleiche Mass herabgedrückt; neben dem Erwerber des grösseren Betrages haftet der des geringeren erst, wenn jener durch die primär ihm obliegende Haftung auf sein Niveau herabgedrückt ist. Die Bedingung dieser ganzen Haftung aber, *si nemo sit heres*, ist wol auch als erfüllt anzusehen, wenn ein Erbe zwar existirt, aber die Ansprüche der Götter nicht zu befriedigen vermag. Ebenso verstehen wir die Bedingung für die Haftung der letzten Classe: *si nemo sit, qui ullam rem ceperit*. Indem es aber hier nicht heisst *usu ceperit*, ist es willkürlich diese Bedingung lediglich auf den Mangel eines die Götter befriedigenden Usucapienten zu beziehen. Ein solcher *qui ceperit* ist vielmehr jeder durch den Tod des Erblassers etwas Erwerbende, insbesondere auch der Beschenkte und Legatar, der ja weiter oben ausdrücklich als einer bezeichnet ist, *qui capiat*. Wenn daher die Deutung dieser vierten Classe ganz besonders bestritten ist, so ist vor allem festzuhalten, dass

sie nicht auf jemanden bezogen werden kann, der irgend etwas erwirbt. Demjenigen, qui ceperit, ist hier entgegengesetzt, qui de creditoribus eius (i. e. defuncti) plurimum servet.

Die Schwierigkeit, welche das Verständniss dieser Worte bietet, hat Savigny veranlasst, ohne äusseren Anhaltspunkt die Praeposition de zu streichen, indem er unter demjenigen, qui creditoribus plurimum servat, den bonorum emtor versteht. Und gewiss liegt es sachlich nahe genug, ihn als einen für die sacra haftenden aufgeführt zu erwarten, obgleich andererseits des bonorum possessor, den man nicht minder in der Liste der Haftenden sucht, nirgends gedacht wird. Es dürfte aber kaum möglich sein den bonorum emtor als denjenigen zu bezeichnen, qui creditoribus plurimum servat d. h. denjenigen, der den Gläubigern die höchste Befriedigung bietet, als einen solchen zu bezeichnen, der ihnen die höchste Befriedigung verschafft; wird ihnen doch durch die von jenem Ueberbotenen überhaupt nichts verschafft. Bleiben wir bei der handschriftlichen Lesart stehen, so erhebt sich dem Worte plurimum gegenüber die Frage, ob es absolut zu verstehen sei oder im Verhältnisse zu der dem einzelnen Gläubiger zustehenden Forderung, dem Worte servet gegenüber die doppelte, ob es das Erhalten oder Behalten des geschuldeten oder eines darüber hinausgehenden Betrages bedeute, und in welcher Form wir uns dieses Erhalten oder Behalten zu denken haben. Nehmen wir an, dass dieses servare sich vollziehe in der ordentlichen für die Befriedigung der Gläubiger bestehenden Form der bonorum venditio, so wäre, qui plurimum servat, wer vom bonorum emtor am Meisten erhält. Damit kann aber nicht gemeint sein derjenige Gläubiger, welcher die höchsten Procente bekommt, da diese für alle Gläubiger dieselben zu sein pflegen. Ist aber derjenige gemeint, welcher auf jenem Wege den höchsten Betrag erhält, so ist dies kein anderer als derjenige Gläubiger, welcher unter den an der possessio und venditio bonorum überhaupt sich betheiligenden den grössten Betrag zu fordern hat. Es wäre aber die gewählte Bezeichnung nicht nur eine wunderliche Umschreibung desjenigen, der die grösste Forderung geltend macht, sondern es wäre auch kaum zu erklären, warum die Haftung diesem vor seinen Mitgläubigern und

nicht vielmehr allen Gläubigern nach Verhältniss des Betrages ihrer Forderungen oder, was am einfachsten ist und im Effecte auf dasselbe hinauskommt, dem *honorum emptor* obliegen sollte. Das Befremden dartüber, dass wer am meisten zu fordern hat, mit dem ganzen Ueberschusse seines Guthabens vor seinen Mitgläubigern für die *sacra* haften sollte, wird nicht etwa gemildert durch die Verweisung auf die gleiche Haftung desjenigen, der am meisten ersessen hat, da im Falle eines reinen Gewinnes es sich durchaus rechtfertigt, den am meisten Gewinnenden insoweit allein zu belasten als dadurch sein Gewinn nicht geringer wird als der der anderen von der Belastung Freien. Gerade die Vergleichung der dritten mit der vierten Classe macht es wahrscheinlich, nicht nur dass in dieser das Wort *plurimum* absolut zu verstehen ist wie in jener, sondern ebenso dass es auch in ihr sich handelt um Besteuerung eines reinen Gewinnes, wie ja auch dasselbe für alle übrigen Fälle gilt. Dabei erhebt sich freilich die Frage, ob das Wort *servare* einen solchen zu bezeichnen vermöge. Unzweifelhaft bedeutet nun *servare* Erhalten nicht sowol im Sinne des Bekommens oder Gewinnens als in dem der Negation des Untergangs oder des Verlustes. Dass aber das vom Gläubiger Erworbenene als ihm erhalten erscheint, kann nicht nur beruhen auf der materiellen Beschaffenheit des Erworbenen als eines dem Gläubiger Gebührenden, sondern auch auf der Form des Erwerbes als eines nicht durch Bekommen, sondern durch Behalten sich vollziehenden. Das *servare* ist ausdrücklich entgegengesetzt dem *capere*, indem die durch jenes begründete Haftung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass dieses nicht stattgefunden hat; *capere* ist aber jeder Erwerb im Rechtssinne, auch der an einer vom Erwerber schon besessenen Sache sich vollziehende; ein durch blosses keinerlei *capere* involvirendes *servare* erfolgender Gewinn ist also nur derjenige, welcher gemacht wird durch die Conservirung eines schon früher vollzogenen Erwerbes. Dieser Fall tritt für den Gläubiger ein, wenn ihm eine Sache *sub fiducia* zum Eigenthum übertragen ist. Wer am meisten behält oder den grössten Gewinn lediglich dadurch macht, dass ein von ihm als revocabler gemachter Erwerb zum irrevocabeln wird, das ist der durch erbloses Absterben

seines Schuldners im weitesten Umfange von der Verbindlichkeit zur Restitution des pfandhalber erworbenen Eigenthums frei werdende Gläubiger. Dass bei Berechnung jenes plurimum vom Werte der Sache der Betrag der Pfandforderung in Abzug kommt, ist darin unmittelbar enthalten; denn was er durch den Tod' des Schuldners behält ist nur, was er ohne ihn zurückgeben müsste, also nur der Ueberschuss des erworbenen Eigenthums über den Betrag seiner Forderung.

So ist dieser Fall den Fällen der dritten Classe durchaus analog, während er unter die der fünften sich sogar selbst subsumiren lässt und von ihnen weniger formelljuristisch als für die Anschauung des Lebens sich unterscheidet, da nach dieser die fiducirte Sache doch materiell als Eigenthum des Fiducianten gilt, weshalb die Haftung des durch sie bereicherten Gläubigers in der Mitte steht zwischen der durch positiven Erwerb und der durch Befreiung von einer Schuld begründeten Haftung.

Wir haben so eine Haftung 1) der Erben und 2) der ohne Erbfolge durch den Tod Gewinnenden und zwar a) der positiv Erwerbenden b) der ohne positiven Erwerb Bereicherten. Dass unter den letzteren der durch sein Pfand bereicherte Gläubiger dem durch Wegfall seines Gläubigers bereicherten Schuldner vorangestellt ist, begreift sich leicht, da jener doch noch unmittelbarer aus dem Vermögen des Verstorbenen bereichert ist als dieser. Würde der Gläubiger dagegen schon deshalb haften, weil er das ihm Gebührende ganz oder theilweise erhalten hat, so wäre die Voranstellung des durch den Tod seines Gläubigers positiv bereicherten Schuldners zu erwarten.

Schliesslich aber erhebt sich diesem woldurchdachten Systeme der Haftungen gegenüber die Frage seiner Vollständigkeit; die Frage nemlich ob es sich auch erstreckt auf den seinem Urheber Scaevola jedenfalls wol bekannten praetorischen Erben oder bonorum possessor. Soll eine jener fünf Classen ihn unmittelbar enthalten, so kann es nur die dritte sein; denn dass schon Scaevola den civilen Ausdruck heres unmittelbar mit auf den prätorischen Erben bezogen hätte, kann nicht angenommen werden. Auch die allgemein angenommene und namentlich von Savigny vertretene Ein-

beziehung des bonorum possessor in die dritte Classe ist jedoch nicht durchführbar. Zwar ist daran kein Zweifel, dass er als Erwerber erbschaftlicher Sachen unter die Kategorie der pro herede Usucapirenden fällt. Haftet er aber nur als Angehöriger dieser Classe, so würde bei einem Nachlass, welcher Forderungen im Betrage von Tausenden enthält, doch vor dem bonorum possessor derjenige Occupant von Nachlasssachen haften, der an solchen einen grösseren Wert in Händen hätte als jener, und der bonorum possessor als solcher würde überhaupt nicht haften, sondern erst als einer, welcher durch einjährigen Besitz erbschaftliches Eigenthum ersessen hätte. Wenn aber sonst die dem Erben obliegende Haftung für den bonorum possessor zwar nicht ipso iure, aber nach dem praetorischen Edicte begründet ist, sollte es dann nicht mit der Haftung für die sacra sich ebenso verhalten? Sollte nicht Scaevola mit der Aufzählung der civilen Haftungsgründe sich begnügt haben, indem es der besonderen Nennung desjenigen nicht bedurfte, von dem jedermann wusste, dass er zwar nicht Erbe ist, aber Dritten gegenüber durch Vermittelung des Praetors einem Erben praktisch gleichsteht? Ja wäre es nicht ein Uebergriif in die Sphäre des Praetors gewesen, wenn die pontifices kraft eigener Auctorität eine Haftung statuiert hätten, welche auf einem lediglich durch die Auctorität des Praetors zu Recht bestehenden Verhältnisse beruhte? Stehen überhaupt die Götter über irdischen Gläubigern und lasten ihre Forderungen unmittelbarer als die anderer Gläubiger auf dem ihrem Schutze verdankten Vermögen, haften daher für ihre Erfüllung ausser den Erben andere diesen nicht gleichstehende und für andere Schulden nicht haftende Vermögenserwerber, so mochte es überhaupt der Erwähnung nicht bedürfen, dass um so mehr die sacra auf denjenigen Personen lasten, welche vermöge ihrer praktischen Gleichstellung mit den Erben selbst für sonstige auf andere Vermögenserwerber nicht übergehende Schulden haften.

Dieselbe Frage wie bezüglich des bonorum possessor erhebt sich gegenüber dem bonorum emtor. Auch er wird in keiner der fünf Classen genannt, und auch von ihm ist nicht glaublich, dass er nicht für die sacra hätte haften sollen, wobei



es freilich eine offene Frage bleibt, ob er den Göttern gleich den irdischen Gläubigern nur für die von ihm übernommenen Procente haftet oder ob sie den Menschen vorgingen; dass sie diesen nachgestanden und sie allein vom *bonorum emtor* nichts zu fordern gehabt hätten, ist keinesfalls anzunehmen. Für das Civilrecht existirte aber diese Haftung des *bonorum emtor* so wenig, als sein Nachlasserwerb; gleich der des *bonorum possessor* war sie dadurch vermittelt, dass er als *heres fingirt* wurde.

---

## **IX. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.**

Den an die Spitze dieses Abschnittes gestellten Satz betrachten die Römer selbst als einen Fundamentalsatz ihres Erbrechtes. Ihn auf äussere Zufälligkeiten zurückzuführen wären wir daher jedenfalls erst dann berechtigt, wenn die Unmöglichkeit einer aus der Natur des römischen Erbsystems geschöpften Erklärung feststände. Bezeichnet aber jener Satz, so fragt sich vor allem, einen charakteristischen Zug des Testamentsrechtes oder Intestaterbrechtes; ist er begründet in der besonderen Beschaffenheit des römischen Testamentes oder der römischen Intestaterbfolge? Darauf nemlich müssen wir von vornherein verzichten, ihn, wie man auch schon versucht hat, unter Abstraction von der Verschiedenheit der Erbgründe aus dem Wesen der Erbfolge abzuleiten; denn wenn dieses, wie allerdings leicht zu zeigen ist, eine nur partielle Beerbung ausschliesst, so lässt sich dagegen über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Concurrentz verschiedener Erbgründe ohne Eingehen auf ihre Natur keinerlei Urtheil fällen. Halten wir uns aber zunächst an den Wortlaut jenes Satzes, so gibt er durch diesen sich zu erkennen als eine Aussage über die Natur des Testamentes. Wer intestatus decedit, ist ja nicht identisch mit demjenigen, welcher ab intestato beerbt wird; jener Satz besagt also nicht etwa nur, dass der Natur der Intestaterbfolge ihre Concurrentz mit der testamentarischen zuwider sei, sondern er besagt, dass es der Natur des Testamentes zuwider sei nur über einen Theil des Nachlasses zu verfügen.<sup>1)</sup>

---

1) Dasselbe ergibt auch die einzige auf uns gekommene Andeutung über den Grund jenes Satzes in L. 7 D. de R. J. Wenn hier

Es ist nun freilich nicht unmöglich, dass damit nicht sowol ein aus dem Wesen des Testamentes entsprungenes Princip ausgesprochen ist, als vielmehr ein Resultat aus den beiden Principien der Unmöglichkeit partieller Beerbung einerseits und des Ausschlusses der Concurrenz der gesetzlichen mit der testamentarischen Erbfolge andererseits. Während wir aber das letzere Moment allerdings ausdrücklich betont finden (Cic. de inv. II, 21), ist das erstere nirgends hervorgehoben, was freilich auf seiner Selbstverständlichkeit für römisches Empfinden beruht haben mag.

Wenden wir uns aber von der sprichwörtlich gewordenen Fassung jenes Satzes zum ältesten Anknüpfungspunkte, welchen für ihn die Ueberlieferung des römischen Rechtes darbietet, so erscheint als solcher unstreitig das Wort der zwölf Tafeln, welches die Erbfolge der Agnaten an die Bedingung knüpft: *si intestato moritur*. Wäre dieses Wort die Quelle jenes Satzes, so wäre damit als sein Ausgangspunkt die besondere Beschaffenheit der Intestaterbfolge dargethan. Keinesfalls aber darf er auf die zufällige Fassung des die Möglichkeit partieller Disposition übersehenden Gesetzes zurückgeführt werden; denn gerade die in Rede stehenden Zwölftafelworte legen lebendiges Zeugniß davon ab, dass die römische Gesetzesauslegung nicht in der bei jener Annahme vorausgesetzten Weise am Worte klebte; wäre doch sonst durch jede Hinterlassung eines Testamentes die Intestaterbfolge ausgeschlossen gewesen.<sup>2)</sup> Ohnedies hätte dem Wortlaute des Gesetzes gegen-

---

Pomponius sagt: *earumque rerum naturaliter inter se pugna est*, so sagt er damit, das Prädicat eines *testatus* negire schlechthin dasjenige eines *intestatus*, was nur wahr ist unter der Voraussetzung der Undenkbarkeit eines auf einen Theil des Nachlasses sich beschränkenden Testamentes.

2) Ueberweist das Gesetz dem nächsten Agnaten den Nachlass, *si intestato moritur*, so war diese Bedingung erfüllt nicht nur wenn der Verstorbene ein Testament gar nicht errichtet hatte, sondern überhaupt, wenn er kein gültiges Testament hinterliess. Den Fall des *testamentum destitutum* dagegen hatte das Gesetz überhaupt nicht ins Auge gefasst. Dass aber ein wirkliches *intestato mori* in keiner Weise vorlag, war in jenem Falle weit zweifelloser als in dem eines nur pro parte verfügenden Testamentes und die Statuirung eines

über die Zulassung einer partiellen Intestaterbfolge sich aufs leichteste rechtfertigen lassen durch den Satz, dass für denjenigen Theil des Nachlasses, auf welchen das Testament sich nicht erstreckt, dasselbe nicht existire, zu diesem Theile also der Testator als einer gelten müsse, der ein Testament nicht hinterlassen habe.

Ist aber die Concurrrenz der gesetzlichen mit der testamentarischen Erbfolge ausgeschlossen nicht durch den zufälligen Wortlaut, sondern durch den wirklichen Sinn des Gesetzes, so muss ihr Ausschluss wurzeln im gegenseitigen Verhältnisse der Berufungsgründe. Das Verhältniss der gesetzlichen Erbfolge zur testamentarischen lässt sich nun formell in dreifacher Weise denken, indem entweder diese als Ausnahme von der Regel der gesetzlichen Erbfolge oder die Intestaterbfolge als Ersatz der im einzelnen Falle nicht platz greifenden testamentarischen Erbfolge erscheint oder endlich Testament und Gesetz als coordinirte Erbgründe neben einander stehen. Aus jedem dieser möglichen drei Verhältnisse hat man schon die Unverträglichkeit der Intestaterbfolge mit der testamentarischen abzuleiten versucht.

Auf den Ursprung der Testamente aus einer gesetzlichen Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge führt Jhering<sup>3)</sup> unter Zustimmung von Köppen<sup>4)</sup> den Satz: *nemo pro parte etc. zurück.*

Aus dem allgemeinem Verhältniss von Regel und Aus-

---

erst nach dem wirklichen Tode sich entscheidenden intestaten Absterbens war eine weit kühnere Abweichung vom Wortlaute des Gesetzes als es die Anerkennung eines zum Theile intestato Versterbenden gewesen wäre. Nichtsdestoweniger wissen wir nichts davon, dass jemals im Falle des *testamentum destitutum* die Intestaterbfolge nicht platz gegriffen hätte; wäre sie aber ursprünglich in jenem Falle wie in dem des *Partialtestamentes* wegen des der alten Zeit eigenen „Haftens am Wort“ ausgeschlossen gewesen, so wäre es um so auffallender, dass die später eingetretene Emancipation vom Cultus des Wortes gerade auf jenen Fall sich beschränkt hätte, dass man also zur Annahme eines nachträglichen Versterbens sich leichter entschlossen hätte als zu der eines partiellen Untestirtseins.

3) Geist des R. R. III. S. 140 ff.

4) Erbr. S. 13, 273 ff.

nahme freilich, welches nach Jhering zwischen Gesetz und Testament besteht, lässt sich jenes Resultat nicht ableiten; ihm würde es allein entsprechen, dass die gesetzliche Regel genau insoweit Platz griffe als nicht durch das Testament eine Ausnahme von ihr besonders statuirt wäre. Es soll aber unser Satz seine Erklärung darin finden, dass nur durch „Vorlegung des gesammten Successionsplans“ dem zur Genehmigung des Testaments berufenen Volke ein wirkliches Urtheil ermöglicht worden sei. Statt dass jedoch auf Grund dieser Erwägung, wie man denken sollte, der pontifex maximus sich geweigert hätte, ein unvollständiges Testament überhaupt dem Volke zur Genehmigung vorzulegen — und ob dasselbe über den ganzen Nachlass sich erstreckte, musste ja leicht ersichtlich sein —; statt dass ferner, wenn dies zufällig einmal übersehen worden, das Testament nach der für die Wirkung der Präterition von Jhering selbst angezogenen Analogie erschlichener Rescripte nichtig gewesen wäre — statt dieser aus Jherings Prämissen sich naturgemäss ergebenden Consequenzen soll vielmehr das pro parte disponirende Testament auf den ganzen Nachlass erstreckt worden sein; ja es soll diese Behandlung so tief in der Natur der Sache begründet, unser Satz „ein so unentbehrliches Complement des testamentum in comitiis calatis“ sein, „dass er unter ähnlichen Verhältnissen sofort und unabweisbar wieder in Geltung treten würde.“ Durch ein gesetzwidriges Testament also wäre die gesetzliche Erbfolgeordnung über den Haufen geworfen worden; durch die Bestätigung eines Gesuchs um die gesetzlich unzulässige partielle Dispensation von dieser wäre sie total ausgeschlossen worden. Wenn Jhering (S. 141) meint, unser Satz habe „dafür gesorgt, dass ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selbst betrog und sich in seinen eigenen Schlingen fing“, so wäre in Wirklichkeit der dadurch Betrogene und Bestrafte mehr der unschuldige Intestaterbe gewesen, dem die Erbschaft durch den Willen des Testators nicht ohne Genehmigung des Volkes entzogen werden sollte und nun wegen der Vitiosität jenes Willens in einem noch über ihn hinausreichenden Masse entzogen worden wäre. Dass derjenige, welchem nach der Regel des Gesetzes das Ganze zufiel, wenigstens einen Theil bekomme, konnte unmöglich

dem Willen des Volkes zuwider sein; dem Testator dagegen lag offenbar weniger daran, dass jener auch etwas bekomme als daran, dass dem von ihm Eingesetzten der ihm zugedachte Erbtheil zufalle. Dieser Hauptzweck blieb auch dann erreicht, wenn der Eingesetzte anstatt des ihm zugewiesenen Theiles das Ganze bekam, und durch seine Erreichung hätte sich der Testator über die Vereitelung der gar nicht auf seinem positiven Willen beruhenden Agnatenerbfolge bezüglich des von ihm nicht vergebenen Restes leicht zu trösten gewusst. Für das Volk dagegen wäre es ein schlechter Trost gewesen, dass das in illegaler Weise angestrebte Ziel nicht bloß erreicht, sondern noch überschossen und dass der Intestaterbe, dessen Interesse ihm anvertraut war, allerdings nicht gerade in dem vom Testator beabsichtigten, aber dafür in einem über seine Absicht noch hinausgehenden Umfange geschädigt worden wäre. Gesetzt übrigens auch, dass, wie Jhering annimmt, der pro parte disponirende Testator „sich in seinen eigenen Schlingen fing“, so hätte diese Behandlung der Sache doch nur dann einen Sinn gehabt, wenn es dem Volke unmöglich gewesen wäre jene Schlingen zu zerreißen d. h. der Natur der Sache gemäss das seine volle Cognition umgehende also in fraudem legis errichtete Testament als ein nichtiges zu behandeln. Selbst dann aber verriete es kindischen Trotz, auf Kosten unschuldiger Dritter den letzten Willen, dessen Geltung man nicht vereiteln kann, wenigstens durch Hinausreibung seiner Wirkung über das beabsichtigte Mass zu entstellen, um doch dem Testator seinen Triumph zu vergällen, unbekümmert darum ob dies den eigenen Interessen — und solche sind doch nach Jhering die der Agnaten für das Volk, die Summe der gentes — nützt oder nicht vielmehr schadet.

Vom entgegengesetzten Verhältniss des Gesetzes zum letzten Willen geht Rudorff<sup>5)</sup> aus. Nicht Ausnahme sondern Regel ist ihm das Testament und das Intestatgesetz nur ein aushilfsweise eintretender Ersatz der fehlenden individuellen Verfügung, welche der gesetzlichen Regelung gegenüber deshalb als die bessere erscheint, weil „der Testator

---

5) Rechtsgesch. I. §. 121; sodann zu Puchta Inst. §. 308 not. b. Pand. §. 449 not. f. und Vorl. §. 449 Anm. 4.

nach individuellen sittlichen Gründen, das Gesetz nur nach allgemeiner naturalis ratio verfügen kann.“ Allein auch damit ist in keiner Weise erklärt, warum die gesetzliche Normirung der Erbfolge nicht bloß insoweit zurücktritt als jene „bessere Verfügung“ reicht; nicht Consequenz, sondern Widerspruch scheint darin zu liegen, durch das Testament gerade deswegen, weil es auf individuellem Ermessen beruht, die Beerbung auch insoweit noch normiren zu lassen als sie der Erblasser nicht durch dasselbe normirt wissen wollte. Treten Gründe allgemeinerer Art hinter die dem Testator mögliche Würdigung der individuellen Verhältnisse billig zurück, so dienen sie, sollte man denken, soweit individuelle Rücksichten vom Testator nicht geltend gemacht sind, zur Ergänzung seiner Disposition. Ist doch nicht abzusehen warum nicht derselbe Kreis von Erscheinungen zum Theile von einem individuellen zum anderen vom allgemeinen Willen sollte beherrscht werden können; wirkt doch auch jener nur auf Grund des ihn zulassenden Gesetzes, und kann demnach in einer Regulirung der Beerbung theils unmittelbar durch dieses theils durch jenen kein ungehöriges Auseinanderreißen derselben Erbschaft, keine Behandlung der einen Erbschaft als mehrerer für sich bestehender Erbschaften erblickt werden<sup>6)</sup>. Nur dann aber, wenn von vorher ein jedes Zusammenwirken von Testament und Gesetz ausgeschlossen wäre, wäre es auf Grund einer höheren Vorzüglichkeit des ersteren gerechtfertigt, dasselbe lieber noch über den vom Testator ihm zugewiesenen Geltungsbereich auszudehnen als fallen zu lassen. So lange aber die Unmöglichkeit einer solchen Concurrenz des individuellen und allgemeinen Willens nicht dargethan ist, so lange gewinnen wir nicht mit Rudorff<sup>7)</sup> den Eindruck, dass das Gesetz hinter den letzten Willen „willig zurücktrete“, sondern eher den umgekehrten als ob es von der Normirung einer Beerbung, deren Regelung ihm nicht ausschliesslich überlassen bleibt, sich unwillig zurückzöge, als ob es ein Zusammenwirken mit dem individuellen Willen verschmähte und mit einer Sache, bei welcher dieser im

---

6) so Puchta Vorles. II. 6. Aufl. S. 322.

7) RG. I. §. 21 bei Anm. 4.

Spiele ist, nichts zu schaffen haben möchte. Mehr eine Eifersucht auf den letzten Willen als eine Vorliebe für denselben könnte es zu verraten scheinen, wenn es seine Mitwirkung neben demselben versagt. Freilich wäre damit ein Verhältniss des allgemeinen Willens zum individuellen statuirt, für welches es eben so schwer wäre eine Analogie als einen Erklärungsgrund aufzufinden.

Ein von vornherein feindseliges Verhältniss zwischen Testament und Gesetz statuirt Gans<sup>8)</sup>, indem derselbe im individuellen und allgemeinen Willen zwei um die Beherrschung der Erbfolge miteinander ringende Mächte erblickt. Es müsste aber nach dieser Voraussetzung das Gesetz den letzten Willen möglichst zu verdrängen trachten, also zum mindesten in jedem von ihm freigelassenen Raume sich festsetzen. Nichts wäre rätselhafter als zwei im Conflict miteinander stehende Mächte, deren eine die Concurrenz mit der anderen selbst da, wo ihr von dieser ein Raum dazu freigelassen ist, ängstlich meiden würde; nichts kläglicher als ein Volkswille, der einem individuellen Willen gegenüber diese Rolle spielen würde.

Für sich betrachtet führt so keine jener drei Annahmen über das Verhältniss des Intestatgesetzes zum Testamente zum gewünschten Ziele. Ist die testamentarische Erbfolge eine Ausnahme von der Regel der gesetzlichen, so ist nicht abzusehen, warum nicht jeder Erbfall, soweit nicht eine Ausnahme statuirt ist, von der Regel beherrscht wird; ist die Intestaterbfolge ein Ersatz der testamentarischen, so erscheint sie eben so sehr berufen zu dem freigelassenen Theile des Nachlasses das Testament zu ergänzen als in Ermangelung eines solchen es zu ersetzen. Ist sie aber der testamentarischen Erbfolge schlechthin coordinirt, so lässt sich um so weniger erklären, warum sie nicht mit ihr concurrirt.

Lässt aber so der Satz *nemo pro parte etc.* aus dem Verhältniss der gesetzlichen zur testamentarischen Erbfolge sich nicht unmittelbar ableiten, so ergibt doch die Behandlung des nur über einen Theil des Nachlasses disponirenden Testamentes über jenes Verhältniss Auskunft. Wird das nur

---

8) Röm. Erbr. II. *passim*, besonders Kap. 5.



pro parte verfügende Testament nicht als nichtig behandelt, sondern unter Erstreckung seiner Verfügungen über den ganzen Nachlass aufrecht erhalten, so drückt sich darin jedenfalls die unbedingte Bevorzugung der testamentarischen Erbfolge vor der gesetzlichen aus; eine solche Behandlung wäre undenkbar, wenn beide Erbgründe auf einer Linie nebeneinander stünden und vollends, wenn die testamentarische Erbfolge zur gesetzlichen im Verhältnisse der Ausnahme zur Regel stünde.

Die Unverträglichkeit partiellen Testirens mit der Natur des Testamentes hat am eingehendsten Huschke<sup>9)</sup> nachzuweisen versucht. Treffend hat er dargethan, dass für sich weder die Unmöglichkeit bloß partieller Beerbung noch das allgemeine Verhältniss des individuellen Willens zum Gesetze die Concurrenz der gesetzlichen mit der testamentarischen Erbfolge ausschliesst. Als entscheidend bezeichnet Huschke das Verhältniss der beiden Berufungsarten zur Natur der Erbschaft. So einleuchtend aber sein negatives, so unbefriedigend ist sein positives Resultat. Vom Gange seiner Untersuchung abspringend und zu der von ihm selbst als beweisunkräftig abgethanen sog. Untheilbarkeit der hereditas zurückkehrend tischt er uns plötzlich als des Pudels Kern den Satz auf. „Die familia will sich dem Erben übertragen; sie vererbt sich selbst, und hiemit ist der Grund unserer Regel gefunden. Denn wenn so Testator und Erbschaft sich indifferenziren, so folgt, dass auf dieselbe Weise, wie die hereditas objectiv untheilbar ist, auch der subjective, mit ihr zusammenfallende Wille untheilbar, mithin die Concurrenz jedes anderen Willens mit sich ausschliessend sei.“ Leider aber hat uns Huschke diese „Indifferenzirung“ des Testators und der Erbschaft nicht nur nicht bewiesen, sondern wir bekennen auch, was er damit meint, keineswegs von Grund aus zu verstehen. Offenbar zwar beruht Huschkes Argumentation auf der Untheilbarkeit der Persönlichkeit, indem er diese als das wahre Object der testamentarischen Verfügung auffasst. Wie aber verhält sich dazu die Möglichkeit mehrere zu ungleichen Theilen zu Erben einzusetzen? Kann der Erblasser die Theilnahme des einzelnen an seinem Nachlasse d. h. an demjeni-

---

9) Rhein. Mus. f. Jurispr. VI. S. 259 ff.

gen Residuum seiner Persönlichkeit, welches den Tod überdauert, dadurch beschränken, dass er dieselbe Theilnahme anderen und zwar in beliebigem Verhältnisse gewährt: warum sollte er es nicht auch dadurch können, dass er dem im Falle seines Schweigens die ganze Erbfolge regelnden Gesetze die Verfügung über einen Theil des Nachlasses überlässt?

Mit Huschke nimmt auch Schirmer<sup>10)</sup> an, dass durch die Natur des Testamentes eine nur theilweise Verfügung über den Nachlass ausgeschlossen sei. Undenkbar sei es, dass jemand über einen Theil seines Vermögens testire, ohne eine Verfügung über den Rest entweder jetzt schon im Sinne zu haben oder doch für die Zukunft sich vorzubehalten. Gefolgert wird dies daraus, dass ja „ein Belassen des Letzteren in seiner bisherigen Lage, wie es bei Geschäften inter vivos zu geschehen pflegt, hier undenkbar“ sei. Könne nun das vom Testator bezüglich des Restes Gewollte als nicht rechtsförmlich ausgesprochen nicht in Betracht kommen, so habe „da nichts destoweniger die juristische Einheit des Vermögens bei dem Testator eine Disposition bezüglich des Ganzen erfordert“ der nur theilweise geäußerte Wille auf das Ganze erstreckt werden müssen.

Es sind demnach zwei Gründe, mit welchen Schirmer operirt

1) die psychologische Unmöglichkeit einer auf einen Theil des Nachlasses sich beschränkenden Willensmeinung

2) die aus der „juristischen Einheit des Vermögens“ folgende juristische Notwendigkeit einer Disposition über das Ganze.

Diese juristische Notwendigkeit nun würde für sich allein den Ausschluss partieller Disposition hinreichend begründen, ist aber von Schirmer in keiner Weise erwiesen, sondern lediglich als selbstverständlich vorausgesetzt. In keiner Weise dagegen ergibt dasselbe Resultat die von Schirmer angenommene psychologische Unmöglichkeit. Daraus dass eine Willensmeinung über A nicht denkbar ist ohne eine solche über B, folgt nicht, dass wenn ausschliesslich erstere rechtsförmlich geäußert ist, dieselbe nicht für sich ohne Rücksicht auf

---

10) Hdb. d. R. Erbr. S. 68 ff. Seine Auffassung theilt Keller Pand. § 460.

die nicht geäußerte, daher für das Recht überhaupt nicht existirende gelten könnte. Zudem aber vermöchte jene Untrennbarkeit auch als rechtliche gedacht keine andere Folge zu begründen als die vollständiger Nichtigkeit der über ein untheilbares Object zum Theil verfügenden, also etwas Unmögliches wollenden Disposition. Es heisst die Sache geradezu auf den Kopf stellen, wenn Schirmer daraus, dass der geäußerte Wille nur ein Theil eines zum anderen Theile nicht geäußerten Willens sei, dass aber der nicht geäußerte vom Rechte nicht beachtet werde, die rechtliche Erhebung des juristisch allein existirenden Theiles zum Ganzen ableitet. Es soll also hier der geäußerte Wille gerade wegen seiner Unvollständigkeit als vollständiger behandelt und der nichtgeäußerte Wille, in Verbindung mit welchem jener allein ein vollständiger ist, nur nicht nach seinem Inhalte, wol aber nach seiner Existenz in Betracht gezogen, seinem nicht ausgesprochenen Inhalte aber der des wirklich geäußerten Willens substituiert werden.

Wollte aus der Beschränkung einer letztwilligen Verfügung auf einen Theil des Nachlasses irgendwelche bestimmte Willensmeinung bezüglich des Restes abgeleitet werden, so könnte es nur die des Ausschlusses vom Schicksale jenes Theiles sein. In Wirklichkeit hat aber, wer seine Verfügung auf einen Theil des Nachlasses beschränkt, bezüglich des Restes keinen Willen geäußert und damit gerade seine Gleichgiltigkeit gegen das Schicksal desselben kundgethan. Er hat dies gethan selbst wenn er ausdrücklich erklärt hat, dass die von ihm eingesetzten Erben nicht mehr als den ihnen zugewiesenen Theil bekommen sollen; denn das Recht kennt nur eine positive Verfügung über den Nachlass, wie es ja auch keine exheredatio ohne Einsetzung Dritter gibt und ebenso nach *jus civile* keine Aufhebung eines Testamentes ohne Errichtung eines neuen. Würde der Satz *nemo pro parte etc.* nicht existiren und bezüglich des von der testamentarischen Disposition ausgeschlossenen Theiles Intestaterbfolge eintreten, so würde die gesetzliche Erbfolge bezüglich dieses Theiles darum nicht, wie Schirmer annimmt, auf dem durch die Beschränkung seiner Verfügung auf den anderen Theil sie zulassenden Willen des Erblassers beruhen.

Ergibt sich aber der Satz *nemo pro parte* unmittelbar weder aus der Unmöglichkeit bloß partieller Beerbung noch aus dem Verhältnisse der gesetzlichen zur testamentarischen Erbfolge noch endlich aus der eigenen Natur des Testamentes: so ergibt er sich doch aufs einfachste aus der Combination des ersten und des zweiten Moments. Negirt er die Möglichkeit partieller testamentarischer Beerbung sowol neben partieller Unbeerbtheit als neben partieller Intestaterbfolge, so ergibt sich die erste Negation schon aus der Unmöglichkeit partieller Beerbung und diese aus der Haftung der Erben für die Schulden des Verstorbenen. Damit ist aber schon gesagt, dass eine absolute Beschränkung der testamentarischen Verfügung auf einen Theil der Hinterlassenschaft unmöglich ist, dass vielmehr jede Erbeinsetzung eventuell über den zunächst dem Erben zugewiesenen Theil hinaus sich erstreckt auf diejenigen Theile der Erbschaft, zu welchen nicht andere berufen sind. Wollte auch der Testator, indem er nur über einen Theil der Erbschaft verfügte, zum Reste die Verfügung dem Gesetze überlassen, so bedingte doch die Unmöglichkeit partieller Beerbung einerseits und die Ungewissheit des wirklichen Eintritts der gesetzlichen Erbfolge andererseits (ist doch der Testator weder der Hinterlassung gesetzlicher Erben noch der Annahme der Erbschaft durch dieselben sicher) den Willen der eventuellen Zuwendung der ganzen Hinterlassenschaft an die testamentarischen Erben. Geht also der testamentarische Erbe auch zu dem nicht ausdrücklich ihm zugewiesenen Reste dem gesetzlichen Erben vor, so geht auch zu diesem Theile nicht dem vom Gesetze gewollten Erben ein vom Testator schlechthin nicht gewollter vor, wol aber ein vom Testator nur eventuell gewollter und dem gesetzlichen Erben nicht vorgezogener. Wie also innerhalb der neueren Intestaterbordnung gestritten wird über den Vorzug der (freilich unrichtig so bezeichneten) *successio graduum* oder des *Accrescenzrechtes*, so handelt es sich hier darum, dass und warum dem *Accrescenzrechte* der Vorzug gegeben ist vor der testamentarischen succedirenden gesetzlichen Erbfolge. Hat aber durch Beschränkung des Testamentes auf einen Theil der Hinterlassenschaft der Testator erklärt, dass die Testamentserben den Rest nur

in Ermangelung anderer Erben bekommen sollen, so erklärt das Gesetz, indem es auch für diesen Rest die Concurrenz der Intestaterben ausschliesst, die Intestaterbfolge für bedingt durch die Unmöglichkeit testamentarischer Erbfolge, wie sie ja auch nicht vor gänzlicher Vereitelung dieser eintritt. Ist also das Accrescenzrecht dadurch bedingt, dass kein anderer zum accrescirenden Theile berufen ist und wäre dem Willen des Testators der Vorzug der Intestaterbfolge vor dem Accrescenzrechte nicht zuwider, so tritt doch nach dem eigenen Willen des Gesetzes die Intestaterbfolge nur aushilfsweise ein und zwar als letzte Aushilfe; ist auch zu dem ihm accrescirenden Theile der Testamentserbe nur aushilfsweise berufen, so geht doch die im letzten Willen wurzelnde Aushilfe des Accrescenzrechtes der vom Gesetze geleisteten der Intestaterbfolge vor; diese greift erst platz zur Abwendung der ohne sie unabwendbaren Erblosigkeit. So ist es die Unmöglichkeit bloß partieller Beerbung, vermöge welcher das Partialtestament eine eventuelle Verfügung auch über den Rest enthält und die absolute Subsidiarität der gesetzlichen Erbfolge, kraft welcher selbst jene eventuelle Verfügung dieser vorgeht und daher in ihrer Wirkung aufhört eine bloß eventuelle Verfügung zu sein, weil eine ihr vorgehende anderweitige Berufung zwar durch den Willen des Testators zugelassen, durch den des Gesetzes aber nicht statuirt ist.

EXWHF  
3-24-20.









